جامعة الجزائر

معهد الحقوق والعلوم الادارية

الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري

[دراسة مراقنة]

بحث

للحصول على درجة الماجستير فى العقود والمسئولية

اعداد

الطالب : زواوى محمود

تحت اشراف

الدكتور : بن عزى الاخضر

لجنة الحكم :

الاستاذ الدكتور : .... رئيسا

الاستاذ الدكتور : .... عضوا

الاستاذ الدكتور : .... عضوا

السنة الجامعية ....

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

ينشأ التصرف القانوني بواسطة التعبير عن الارادة ، الا أن الرغبة في اجراء تصرف قانوني معين لا تكفي وحدها لانشاء هذا التصرف فالارادة حالة نفسية لا يحس بها الا صاحبها ولا يمكن للغير أن يدركها الا اذا برزت الى العالم الخارجي ، فتنتقل بذلك الى حيز المحسوسات وتصبح قابلة لانتاج أثر قانوني ، ويتم ذلك بواسطة التعبير عنها ، هذا التعبير الذي بدونه تظل الارادة على وضعيتها كحالة نفسية لا علاقة لها بعالم القانون[1]. ويتخذ التعبير عن الارادة عدة صور كالكتابة واللفظ والاشارة ، ويكون للفرد اختيار الصورة التي يعبر بها عن ارادته ، وهو ما يطلق عليه في مجال القانون اصطلاح الرضائية ، أي أن الرضا وحده كاف لانشاء التصرف القانوني المراد بغض النظر عن الطريقة التي عبر بها عن الارادة.

الا أن حرية الفرد في التعبير عن ارادته هذه قد يقيدها القانون بوجوب اتخاذها شكلا معينا كالكتابة ، حيث لا يمكنها أن تنتج أثرا قانونيا بدون مراعاة هذا الشكل ، وهو ما يسمى بشكلية التصرف ، أي أن التصرف في هذه الحالة يجب أن يفرغ في الشكل المحدد سلفا في القانون والا كان باطلا وغير منتج لآثاره .

---

1) — روكسال (راول) ، بحث حول المبادئ العامة التي تحكم التطور المعاصر لشكلية التصرفات القانونية (القانون المدني والتجاري). رسالة دكتوراه ، كاين 1934 ص9 .

Rouxel (Raoul) Recherche des principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridiques (droit civil et commercial) Thèse ; CAEN. 1934.

وقد كان مبدأ الشكلية سائداً بصورة متأصلة في الشرائع القديمة نظراً لكون الشكل يجسد الأفكار ويبرزها بصفة واضحة مما يجعله يتلاءم مع المستوى الفكري والحضاري والواقع الاجتماعي للشعوب القديمة خاصة الشعوب التي كانت شديدة الاهتمام بالمظاهر الحسية والطقوس وتنفر من الأفكار المجردة .
إلا أن التطور الحضاري لهذه المجتمعات الذي رافقه انتشار التجارة والثقافة بالتدريج وازدياد الاتصالات بين مختلف الشعوب بدأ يصطدم ببعض العراقيل والتعقيدات التي فرضتها الشكلية في التعامل بالنصوص الشكلية التي تجاوزها الواقع الحضاري الذي تطور وتغير وانعكس هذا على المعاملات القانونية التي أصبحت الشكلية البدائية المفروضة تعرقلها ، فأدى هذا إلى بدء التخلص التدريجي منها سواء بالتخفيف منها أو بإلغاء بعضها أحياناً والاكتفاء بعنصر الرضا وحده كسبب كاف لنشوء رابطة الالتزام ، وظهرت بذلك العقود الرضائية ، هذه العقود التي وردت على بعض العقود المتداولة بكثرة في بداية الأمر ثم صار نطاقها يزداد ويتوسع بازدياد تطور المجتمعات وازدهارها لتوجد أعراف تتميز بالبساطة والسرعة في إجرائها ، مما جعلها تتلاءم مع تطور المجتمعات الحديثة ، وأدى هذا في نهاية المطاف إلى قلب الأوضاع ، حيث أصبح المبدأ الرضائي هو الأصل والمبدأ الشكلي هو الاستثناء ، وقد كرس هذا المبدأ التقنين المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 في المادة 1108 وأخذت به التشريعات التي استوحت قوانينها منه كالقانون المدني الجزائري المادة 59 والقوانين العربية الأخرى كالقانون المصري واللبناني والسوري .

ومع ذلك استمر التراجع الكبير للشكلية ، إلا أن ذلك لم يؤد إلى اختفائها تماماً بل على العكس من ذلك نشهد عودة الشكلية إلى الظهور والانتشار من جديد ، ومصدراً رئيسياً للحماية الكبيرة التي أصبح الشكل يقدمها بوصفه وسيلة حماية قانونية يستعملها المشرع لتحقيق أغراض شتى .

فلم يعد الشكل كما كان في القديم، شكلا غريزيا واداة لتجسيم الافكار، بل أصبح شكلا هادفا تقصد به تحقيق أغراض محددة ،
فالدولة الحديثة تهتم بتنظيم المعاملات و توجيهها و ضمان حفظ الامن في مجال التعامل و حماية الأئتمان و تسهيل مهمة القضاء
والمتقاضين في مجال الاثبات و هي كلها مهام تعجز الرضائية على تحقيقها بصورة كافية ، مما يستدعي اللجوء الى الشكلية كوسيلة ممتازة
لتحقيقها ، و بهذا نجد معظم التصرفات الهامة أو المعقدة أو الطويلة الامد ، تصرفات تخضع المشرع الشكلي لاجرائها مثل التصرفات
الواردة على العقارات و عقود الشركات و العقود الواردة على المحلات التجارية و السفن و العقود الواردة على الملكية الصناعية و التجارية
و بعض عقود العمل .

و نظرا لهذه المزايا الهامة التي يقدمها الشكل ، فقد أصبح مجاله يتسع وصوره تتعدد و أغراضه تتنوع ، مما جعل البعض يسمي
هذه الظاهرة بعودة ميلاد الشكلية في القانون (1) .

---

1) — مينيكلي (بيير) ، عودة ميلاد الشكلية في العقود في القانون
التجاري ، رسالة دكتوراه ، ليل 1934 .

- MOENECLAEY (Pierre) , la renaissance du formalisme dans les contrats en droit Commercial , Thèse, lille A914 .

وقد وقع اختيارنا على هذا الموضوع لسببين :

أولا : ابراز أهمية الشكل فى تنظيم المعاملات القانونية .

ثانيا : دراسة مختلف جوانب مبدأ الشكلية والذى لم يحظ احد الان بدراسات وافية كما هو الشأن بالنسبة للمواضيع القانونية الهامة .

وسنعالج موضوع الشكلية هذا حسب الخطة التالية :

بعد فصل تمهيدى نستعرض فيه التطور التاريخى للشكلية ، سنقسم الموضوع الى بابين :

نبحث فى الباب الاول مفهوم الشكل وأهدافه وهو يتضمن فصلين ، نخصص الفصل الاول منه الى تحديد أهداف الشكل وفى الفصل الثانى سوف نقوم بتحديد المقصود بالتصرف الشكلى واستبعاد بعض الاشكال التى تلتبس به .

أما الباب الثانى الذى يحمل عنوان أنواع الشكل وتطبيقاته ، فاننا نقسمه الى فصلين . نبحث فى الفصل الاول الشكل الرسمى وتطبيقاته وفى الفصل الثانى نخصصه الى الشكل العرفى وتطبيقاته .

ونختم بحثنا هذا بخلاصة ما توصلنا اليه من خلال هذه الدراسة لموضوع الشكلية .

الفصل التمهيدي

التطور التاريخي للتصرف الشكلي

لقد اتسمت المعاملات لدى الجماعات القديمة بالصفة الشكلية البحتة التي كانت تعم كافة جوانب الحياة لديهم ، فالعقل البدائي ميال الى كل ما هو مادي و ملموس ، لانه يثير حواسه و يجذب انتباهه ، مما جعل علاقات التعامل لدى هذه الجماعات تطغى عليها سلسلة من الطقوس و الاعمال السحرية و الرموز و الاشارات ، بحيث أن أي تصرف قانوني يجب أن يصحبه رمز أو اشارة أو حركة معينة لكي يصبح تصرفا صحيحا و جديا و منتجا لاثاره القانونية ، يقول اهرينج (IHERING) (1) الفقيه الالماني المشهور " ان الاشارات و الاعمال الرمزية الاخرى هي لغة العقل في صباه " .

المبحث الاول :

التصرف الشكلي في القانون الروماني

لقد كان القانون الروماني في مراحله الاولى مثالا حيا على سيادة الشكلية و شمولها لكافة العلاقات الاجتماعية لدى المجتمعات القديمة ، ففي المجال القانوني لم يكن معروفا و لا مقبولا اطلاقا وجود تصرف رضائي ينشأ بمجرد تبادل الرضاء دون أن يصحبه رمز أو اشارة أو حركة معينة فالمعاملات القانونية كلها تتم في قالب شكلي محض و لا يعقل أن يوجد التزام بدون شكل معين ، وكان يعبر الرومان عن ذلك بقولهم :

---

1) اهرينج ، روح القانون الروماني في مختلف مراحل تطوره ، ترجمة ميلينار ، جزء II ، ذكره روكسان ، المرجع السابق ، ص 13 .

IHERING , l'esprit du droit romain dans les différentes phases de son évolution tome II 1887 .

ان الاتفاق المجرد أى المجرد من الشكل ، لا يتولد عنه التزام (NUDUM PACTUM OBLIGATIO PARIT) أو بتعبير آخر الاتفاق المجرد لا تتولد عنه دعوى (EX NUDO PACTO ACTIO NON NASCITUR) أى ليس للتصرف الذى لم يتم فى شكل معين دعوى قضائية تحميه ، فالشخص الذى يتعاقد بدون مراعاة الشكل المقرر لا يستطيع أن يدعى أمام القضاء بحق له نشأ عن تصرف رضائي ، أو يطالب الطرف الاخر قضائيا بتنفيذ التزامه ، فالتصرف الرضائي غير معترف به قانونيا ، فهو يعتبر باطلا و لا يرتب أية آثار قانونية .

وقد مرت الشكلية فى القانون الرومانى بعدة مراحل ، فقد كانت فى مرحلتها الاولى تتصف بالشدة و الصرامة فى مراعاة الشكل و فى المرحلة الثانية خفت الشكلية نوعا ما و فى المرحلة الاخيرة ظهرت بعض العقود الرضائيـــة .

<u>أ ـــ المرحلة الاولـــى :</u>

ففى المرحلة الاولى للمجتمع الرومانى البدائى ، كانت الشكلية تتسم بالشدة و الصرامة ، فيجب احترام الشكل بدقة و أقل خطأ يترتب عليه بطلان التصرف ، ولا يهم عنصر الرضا ، فالشئ الاساسي و الجوهرى هو الشكل ، و هو العنصر الوحيد لقيام التصرف و أهم الاشكال التى كانت مستعملة فى هذه الفترة هى الالفاظ و الرموز و الطقوس و الاجراءات .

1 ـــ الألفاظ : و هى ألفاظ محددة تخص فئة من التصرفات التى تتم عن طريق التلفظ بكلمات معينة عبارة عن سؤال يقابله جواب ، وكان يتعين التحرز من استعمال الالفاظ الخاصة بالتصرف.

فأقل خطأ ينجر عنه بطلان التصرف القانوني (1) وكان عدد الالفاظ المستعملة يختلف حسب نوع التصرف ، فأحيانا تكفي الكلمة الواحدة لانشاء التصرف ، مثل ما هو الحال بالنسبة لعقد الاشتراط (STIPULATIO)، حيث يستعمل المشترط كلمة SPONDESNE أي هل تقبل الاشتراط ؟ ويرد عليه المتعهد بكلمة (SPONDEO) أي أقبل الاشتراط ، في حالة قبوله للتعهد . وقد يتطلب التصرف استعمال سلسلة من الكلمات.وبما أن القانون الروماني لم يكن يعرف الوكالة ، في هذه الفترة ، فكان يجب أن يتلفظ المتعاقد بنفسه بالالفاظ ولا يجوز أن ينوب عنه شخص آخر أيما كان السبب ، وقد أدت هذه الوضعية الى استبعاد الافراد الصم البكم من مجال المعاملات (2) . كما أن الكتابة لا تجوز في التصرف اللفظي ، اذ الشكل يتمثل في النطق بالالفاظ المحددة شفاهة ، ولا يجوز التعبير عنها بوسيلة أخرى .

2 — الرموز : الى جانب التصرفات اللفظية ،هناك تصرفات كانت تتم باستعمال الرموز فالرمز لدى الجماعات البدائية ، يعتبر وسيلة ممتازة للتعبير عن أفكارها ، بسبب نفور هذه الجماعات من الافكار المجردة التي يصعب عليها فهمها ، وتجسيدها ماديا ، فالرومان كانوا يستعملون سبائك الذهب للتعبير عن الثمن في عقد البيع حيث لم تكن النقود معروفة آنذاك ، كما أن عقد الزواج كانت تصحبه عدد من الطقوس والرموز المتنوعة للتعبير عن نشوء الرابطة الزوجية (3) .

3 — الاجراءات الرسمية : وهي تتعلق ببعض التصرفات التي تهم الجماعة ككل ، والتي كانت تتم امام جمهور من الناس ، مدنيين أو عسكريين ، حيث كانت السلطات المدنية والعسكرية تشتركان في ابرامها ، كما أن الشهود الذين يحضرونها عليهم

---

1) — راول روكسيل ، ابحاث حول المبادئ العامة التي تحكم التطور الحديث للشكلية في التصرفات القانونية (القانون المدني والتجاري) رسالة دكتوراه كاين 1934 ص 32

ROUXEL (Raoul) recherches sur les principes généraux régissant l'évolution contemporaine du formalisme des actes juridique(Droit Civil et Commercial) Thèse, caen 1934.

2) — روكسال ، المرجع السابق ، ص 12

3) — روكسال ، المرجع السابق ، ص 13

حضور اجراء التصرف كان عدد هم مرتفعا يفوق الخمسة عادة ، و من التصرفات التى كانت تتم بهذه الطريقة بعض الوصايا مثل وصية (COLATIS COMITUS)

ب — المرحلة الثانية : ان قلة و بطء المعاملات لدى القبائل الرومانية البدائية كان يتلائم مع الشكلية الصارمة التى كانت تسود هذه المعاملات . فقد كان الشكل ، كما رأينا ، هو المعيار الذى يقاس عليه صحة التصرف ، ولا يعار أى اهتمام للرضا ، فاقل خطأ فى مراعاة الشكل يؤدى الى بطلان التصرف ، بينما يصح التصرف الذى أجرى فى الشكل المقرر ولو كان الرضا مشوبا بعيب من العيوب كالغلط أو الاكراه أو التدليس (1). وقد كان لارتباط الرومان الوثيق بالماضى أن جعل النظام القانونى لديهم صعب التغيير و بطئ فى تطوره ، الا أنه ببدء تطور و توسع الامبراطورية الرومانية واحتكاكها بالشعوب الاخرى ، خاصة الاغريق الذين كانوا قمة فى الفلسفة أنذاك ، بدأ يلاحظ الرومان مساوئ الشكلية الصارمة التى أصبحت تعرقل المعاملات بسبب شدتها و بطئها ، حيث أصبحت لا تساير الواقع الحضارى للرومان ، و خاصة فى مجال التجارة التى بدأت تزدهر لاسيما فى العاصمة روما التى تحولت الى مركز تجارى هام . فأدى هذا الوضع الى حث الرومان على التخلى والتخلص بالتدريج من بعض الشكليات التى لم تعد صالحة ، كما بدأ الاهتمام بالارادة والرضا ، وأصبح احترام الشكل لا يكفى وحده أحيانا لصحة التصرف القانونى ، اذ صار من الممكن ابطال التصرف للغش أو الاكراه حتى ولو تمت مراعاة الشكل المقرر (2) .

جـ — المرحلة الاخيرة : وهى المرحلة التى كانت فيها الامبراطورية الرومانية فى أوج تطورها و سيطرت على شعوب كثيرة ، فكثر الاتصال والاحتكاك بهذه الشعوب وازدادت الاتصالات والمواصلات فيما بينها لاسيما فى مجال التجارة التى نمت

---

1) — بيتاى ركان ، أفكار حول تطور الشكلية قديما و حديثا ، مقال قدم فى مؤتمر 62 لموثقى فرنسا سنة 1965 ، ص 73 .

BETEILLE - RAQUIN (Colette), Quelques notions sur le formalisme ancien et moderne, communicatioh présentée au 62e congrès des notaires Français, 1965.

2) — روكسال ، المرجع السابق ، ص 14 .

واتسعت ، فصاحب هذا تغير و تطور في المجال القانوني لمالح الرضائية ، ففي هذه الفترة ظهرت فئة من العقود تنعقد بتسليم الشئ دون حاجة لأى اجراء اخر ، و هي فئة العقود العينية (CONTRACTUS RE) ثم ظهرت العقود الكتابية التى تتم عن طريق قيدها في سجلات خاصة ، واخيرا ظهرت العقود الرضائية المسماة وغير المسماة ، وبهذا يمكن تمييز الفئات التالية من التصرفات التى وصل اليها القانون الروماني في مرحلته الاخيرة هذه.

1 ـ عقود كتابية (CONTRACTUS LITTERI) و هي تصرفات تتم بواسطة قيدها في سجلات خاصة معدة لذلك . فقد اعتاد الرومان على مسك حسابات منتظمة، تقيد فيها تصرفات معينة يجريها رب الاسرة ، فالتصرف ينشأ من قيده في السجل ، ويصبح واجب التنفيذ دون حاجة لاجراء اخر (1)

2 ـ العقود العينية (CONTRACTUS RE) و هي عقود كانت تتداول بكثرة لدى الرومان ، و هي تنعقد بتسليم العين محل العقد دون حاجة الى شكل اخر ، و يفترض فيها وجود شخصين ، يسمى أحدهما الناقل (TRADENS) . و يسمى الاخر المكتسب (ACCIPIENS)فيقوم الناقل بتسليم العين محل العقد للمكتسب وبهذا يتم العقد . و تشمل هذه التصرفات العقود التالية : القرض الاستهلاكي (MUTUUM) ، و عقد الوديعة (DEPOSITIUM)، و عقد العارية (COMMODATUM) ، و الرهن الحيازي (PIGNUS) و هي عقود ما زالت موجودة لحد الان في القانون الفرنسي ، والبعض منها ما زال موجود في قوانين اخرى مثل الرهن الحيازي في القانون السويسري و القرض و الرهن الحيازي في القانون الالماني (1) و الرهن الحيازي للمنقول و العقار في القانون السوري .

---

1) ـ روكسال المرجع السابق ص 14 .

1) ـ مازو ، دروس في القانون المدني ، جزء II ، 1965 ، ص 65 .

MAZEAUD , leçons de droit civil , tome II ; 1965 .

الا أن وجودها فى القوانين الحديثة أدى الى نقد و نقاش حاد ، حيث أصبح معظم الفقهاء يرون أنها عقود رضائية ، و سنعود لهذه المسألة عند دراستنا لانواع التصرف الشكلى .

3 — العقود الرضائية (   ) فقد أدى ، كما سبق أن رأينا ، التطور الحضارى الرومانى الى التخلص من الشكلية بالتدريج ، فمن شكلية صارمة و شاملة لكافة أنواع المعاملات ، حدث تغيير فى الاهمية المطلقة التى كانت تعطى للشكل على حساب الرضا ، و بدأ الاهتمام بالرضاء وأجيز ابطال التصرف لعيب الرضا ، فأصبح الرضا عنصر ثان الى جانب الشكل فى بعض التصرفات ، واستمر هذا التطور بظهور العقود الكتابية ثم العينية ، وانتهى المطاف فى الاخير بالاعتراف بعنصر الرضا وحده كسبب كافة لانشاء رابطة الالتزام ، و ظهرت بهذا العقود الرضائية . و قد كانت العقود الرضائية تشمل فئتين : عقود رضائية مسماة و هى عقود كانت تتداول بكثرة لدى الرومان ، و هى التى دفعت الرومان الى الاعتراف برضائيتها لتسهيل اجرائها ، و تتمثل فى عقد البيع و الشركة و الوكالة والايجار ، والفئة الثانية و هى فئة العقود غير المسماة ، و قد ظهرت بعد ظهور الفئة الاولى و هى عقود رضائية تصبح ملزمة متى قام أحد الطرفين بتنفيذ التزامه (1) .

المبحث الثانى : الشكلية فى القرون الوسطى

المطلب الاول : فى النظام الاقطاعي و القانون الكنسى

أ — فى النظام الاقطاعى : اثر انحطاط الامبراطورية الرومانية بعد سقوطها تحت هجمات القبائل الجرمانية ، نتج عن ذلك تفكك هذه الامبراطورية الواسعة ، و نشوء دويلات و مقاطعات ، و أقاليم صغيرة ، و تكون النظام الاقطاعى ذو الاقتصاد المغلق ، فسادت الفوضى وانقطعت الاتصالات بين الشعوب ، فأدى هذا الى وقف عجلة التقدم الحضارى والعودة بالمجتمعات الى الحياة البدائية .

---

1) — أحمد سلام زناتى ، نظم القانون الرومانى ، دار النهضة 1966 ، ص 119 ، و ما بعدها .

وانعكس هذا على المعاملات بين الافراد حيث أعيد استعمال الوسائل العتيقة في التعامل ، من رموز و أعمال سحرية و طقوس ، وهكذا عادت الشكلية الى الظهور في صورتها البدائية الصارمة ، فالبيع المتعلق بقطعة أرض يتم بأن يقوم البائع بمسك قطعة من تراب ترمز الى الارض و يمسك المشترى سبيكة من ذهب ترمز للثمن ، كما كان العربون يمثل نقطة التعاقد ، وأيضا المصافحة أو الشرب معا أو تقديم عصا ، كلها حركات و رموز تدل على انشاء التصرف القانوني (1). وبعد انتشار الكتابة و بدء تطورها استعملت في ابرام بعض التصرفات فنتج عن هذا خلط بين مسألة انعقاد العقد واثباته ، ولم يعد هناك تمييز بين ابرام العقد و وسيلة اثباته (2) .

ب — تأثير القانون الكنسي : اذا كان النظام الاقطاعي قد عاد بالشكلية الى الظهور في صورتها البدائية ، فان القانون الكنسي أتى بتيار معاكس ، حيث كان لمبدأ احترام العهد الذي ينادي به رجال الكنيسة أساسا اعتمد عليه هؤلاء في ارساء بعض قواعد الرضائية ، واقرار بعض تصرفات الافراد التي تنشأ عن مجرد تبادل الرضا دون اجراءات شكلية أخرى ، كما أن اليمين كان لها وقع بليغ في نفوس الافراد ، ومكانة هامة في مجال المعاملات ، حيث كانت كثيرا من التصرفات تتم بحلف اليمين ، فاستبعد بهذا رجال الكنيسة الرموز والطقوس والاشكال البدائية واستعاضوا عنها باليمين . وفي مرحلة تالية أصبحوا يعتبرون التصرفات التي تتم بدون حلف يمين صحيحة و برر ذلك أحد فقهاء الكنيسة وهو هوجيسيو (HOGUCCIO) بقوله أن اليمين ماهي سوى اشارة لاغير ، فالواعد يصير ملتزما بمجرد تعهده .

---

1) — الكس ويل ، القانون المدني ، الالتزامات ، 1971 ، ص 128 .

ALEX WEILL , Droit civil, les obligations . 1971

2) — روكسال ، المرجع السابق ، ص 15 .

دون حاجة الى حلف اليمين ، لان الاخلال بالعهد والنكول عن الوعد يعد ذنبا يعاقب عليه ،أما الفقيه الكنسي القديس توماس الاكويني (SAINT TOMAS D'AQUIN)فقد كان من انصار الرضائية ، أما الشكلية فقد رأى أن وجود ما يكون على سبيل الاستثناء ، فلديه هو أن السبب في وجود الشكل راجع لطبيعة الارادة البشرية المتغيرة ، حيث عن طريق الشكل يمكن التثبت من وجود التصرف وحفظه ، وتفادى انكاره من الاطراف ، فالشكل يحول دون هذا التغيير الذى قد يطرأ على الارادة ، أما اذا كان التصرف مشروعا ، والظروف الاقتصادية لم تتغير ، فان التصرف يلزم الشخص دون حاجة لوجود شكل معين (1) . لقد ساهم القانون الكنسي بقسط كبير فى استبعاد الشكلية وافساح المجال للرضائية ، ففى هذه الفترة وضعت القاعدة المشهورة الرضا وحده ملزم (SOLUS CONSENSUS OBLIGAT). وكان رجال الكنيسة يحثون الافراد على احترام عهودهم ولو تمت خالية من أى شكل ، والاخلال بالعهد يعد ذنبا يعاقب عليه . وهكذا مهد فقهاء الكنيسة الارضية لمبدأ الرضائية لكي يبرز وينمو بالتدريج الى حين حدوث الانقلاب التجارى والصناعي فى العصور الحديثة الذى أدى فى نهاية الامر الى قلب منطق المجتمعات القديمة فى مجال التصرفات القانونية حيث أصبح الاصل هو الرضائية والاستثناء هو الشكلية . وقبل أن نتعرض الى الشكلية فى العصر الحديث نلقي نظرة حول مبدأ الشكلية فى الشريعة الاسلامية .

---

1) — بول اورلياك وج . مالافوس ، تاريخ القانون الخاص ، الجزء 1 الالتزامات ، تيميس 1961 ، ص 11 وما بعدها .

OURLIAC (Paul) et MALAFOSSE (J), l'Histoire du Droit privé,Tome I , les Obligations , THEMIS , 1961 .

المطلب الثاني :

الشكلية في الشريعة الاسلامية

لا تشترط الشريعة الاسلامية شكلا معينا للتعبير عن الارادة ، فيجوز التعبير بالكتابة و اللفظ و الاشارة ، لان الاصل في المعاملات هو الرضا . و يختلف الرضا في الشريعة الاسلامية عنه في القانون الوضعي ، حيث أن الشريعة الاسلامية تهدف الى تحقيق الرضا الكامل في العقد أو التصرف و ليس الرضا الكافي لانعقاد العقد فقط كما هو الوضع في الشريعة اللاتينية ، و لذلك فهي تقدم خيارات عديدة للمتعاقد كخيار المجلس و خيار الشرط و خيار الرؤية ، والحكمة من هذه الخيارات كلها هو الوصول الى ايجاد رضاء حقيقيا عن بينة واختيار . و هذا ما جعل البعض ينتقدون الشريعة الاسلامية في هذا المجال بدعوى أن كثرة الخيارات تضعف الرابطة التعاقدية (1) . و يرى الاستاذ ليفان دى بلفون(2) (Y.L DE BELLEFONDS) أنه توجد بعض التصرفات الشكلية في الشريعة الاسلامية والتي تعتبر استثناء من مبدأ الرضائية الذى تبنته الشريعة الاسلامية و تشمل هذه الاستثناءات بعض العقود العينية في المذهبين الحنفي و الشافعي مثل بيع السلم و الهبة و العارية و القرض حيث أنها لا تتم الا بتسليم العين محل العقد و كذلك عقد الزواج الذى لا يصح الا باتباع اجراءات معينة كحضور الشهود و وجوب استعمال الفاظ معينة في التعاقد كلفظي زواج و نكاح و ما اشتق منهما بالنسبة للاشخاص الذين يتكلمون اللغة العربية ، و كذلك الصيغة الزمنية للتعاقد حيث أن الفعل الماضي هو عادة ما يجب أن يتعاقد به و كذلك فعل

---

1) — جمال الدين محمد محمود ، سبب الالتزام و شرعيته في الفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، 1969 ، ص 156 .

2) — ليفان دى بلفون ، الشريعة الاسلامية المقارنة ، النظرية العامة للتصرف القانوني ، باريس 1965 ، ص 126 .

(LYNANT)de BELLEFONDS, traité de droit musulman comparé, théorie générale de l'acte juridique, PARIS, 1965.

الامر الذى تجيزه كافة المذاهب الا المذهب الحنفى . أما المضارع فالتعاقد به يتطلب البحث عن قصد المتعاقدين هل أرادا التعاقد فورا أم مستقبلا والاستثناء الرابع هو ما يرد على بعض التصرفات التي تتضمن حقا لله مثل الزواج والطلاق فالعبارة التى تستعمل لاجراء هذه التصرفات تجعل العقد ينعقد بمجرد التلفظ بها بغض النظر عن قصد المتلفظ بها هل كان جديا أم هازلا أم مخطئا أو حتى مكرها .

ويعزى سبب تبني الشريعة الاسلامية لمبدأ الرضائية الى الطابع الدينى الذى تتسم به . لان الدين الاسلامى يحث على الوفاء بالعهد . فالمؤمن الحقيقي لا يخل بعقده ، وقد جاء فى الاية الكريمة "ياأيها الذين امنوا أوفوا بالعقود" (1) ، كما يرى البعض أن ذلك راجع لنزول القرآن الكريم بمكة التى كانت مدينة تجارية انذاك على أساس أن السورة (2) التى نزلت بالمدينة اشترطت الكتابة فى العقود وهذا يتماشى مع نمط الحياة الريفية لسكان المدينة (3) .

وما يمكن استخلاصه هو أن الشريعة الاسلامية تبنت مبدأ الرضائية بصورة أعمق وأكمل مما هو عليه فى الشرائع الوضعية الحديثة وهذا قبل أن تأخذ به هذه الاخيرة فى العصور الحديثة .

---

1) — سورة ، المائدة ، الاية الاولى .

2) — سورة البقرة الاية 282 "يأيها الذين أمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه " .

3) — ليتان دى بلفون ، المرجع السابق ، ص 123 .

المبحث الثالث :

الشكلية في العصر الحديث

لقد بدأ تراجع التصرف الشكلي منذ أواخر عهد الامبراطورية الرومانية باستبعاد الاشكال العتيقة والاعتراف بعنصر الرضا الى جانب الشكل وظهور العقود العينية ، ثم العقود الرضائية ، واذا كان النظام الاقطاعي المغلق قد عاد بالشكلية الى الظهور الى حد بعيد ، الا أن تأثير القانون الكنسي المؤسس على احترام العهود وحلف اليمين أسهم بقسط كبير في ابراز معالم الرضائية التي أصبحت تتسع على حساب الشكلية . وفي القرن الخامس عشر خطت الرضائية خطوة كبيرة في السيطرة على المعاملات ، فقد شاهد هذا القرن اندفاعا جديدا للحضارة في أوربا ، حيث ازدادت التجارة واتسعت وصاحب ذلك بدء ظهور الصناعات وانتشار الثقافة وتوسيع الاتصالات بين مختلف الشعوب ، فكان هذا بمثابة ميلاد مجتمع جديد يحتاج الى قواعد ووسائل تعامل ملائمة ، تتماشى مع الوضع الحضاري الجديد ، وبديهي أن الاتجاه الشكلي ، وخاصة الاشكال ذات الاصل البدائي من رموز وطقوس ، لم تكن قادرة للاستجابة لذلك مما فسح المجال أمام مبدأ الرضائية ، هذا المبدأ الذي وجد سندا ودعما قويا لدى المذهب الاقتصادي الحر . والمذهب الفلسفي الطبيعي (الفزيوقراط) هذان المذهبان اللذان كانا ينادیان بتحرير الفرد من القيود ولان الفرد في الاصل هو حر ، وهو غاية المجتمع الذي يجب العمل من أجلها ، فينبغي تحريره من كافة القيود . وعلى المستوى القانوني كان الفقه والقضاء قد اعترفا بمبدأ الرضائية وكانا ينادیان بتطبيقه واستبعاد الشكلية نظرا لتعقدها وبطئها وعدم ملاءمتها لمجتمع بدأ يزدهر ويتطور ويتخلص من المخلفات العتيقة التي ورثها عن الانظمة البدائية ، فالارادة أصبح لها دورها الهام في مجال المعاملات ، وأصبح الشخص ملزم

وقد استمر تناقص الشكلية في التصرفات القانونية في القانون الفرنسي بعد صدور التقنين المدني ، نتيجة تطور المجتمع وتغير الرأي العام ورغبة المشرع في تبسيط اجراءات التعامل ، فتم بهذا استبعاد بعض الاشكال التي رؤى أنها لا فائدة لها ، كالغاء تدخل الموثق الثاني في عقود التوثيق التي كانت تحد أمام موثق أول ثم تقدم لموثق ثان (قانون 1902) كما سمح باستعمال الالة الكاتبة في أخذ نسخ من التصرف الاصلي (قانون 12/02/1920) وجواز كتابة كشوف مصلحة العقارات بالالة (قانون 24 جويلية 1921) وكتابة العقود التوثيقية بالالة (قانون 21/02/1926) (1) .

ان السبب في تراجع الشكلية وانتفائها في الشرائع الحديثة كان نتيجة عوامل عديدة اقتصادية وسياسية واجتماعية ، ففي المجال الاقتصادي لم تعد الشكلية تساير التطور الحضاري والازدهار الصناعي والتجاري الضخم نظرا لبطئها وقيامها على قواعد عتيقة ، ومن الناحية الاجتماعية لم يعد الرأي العام يتقبل تلك الاشكال العتيقة التي تتنافى والمستوى الحضاري الحديث ، وعلى مستوى التصرفات القانونية فان الشكل يشكل أحيانا خطورة على أطراف التصرف ، فقد يصبح الفرد ملتزما نتيجة تسليمه بشكل معين مع أنه لم يكن يقصد ذلك ، وقد يكون جهله لاهمية الشكل والاثار المترتبة عليه سببا في وقوعه ضحية لشخص آخر على دراية وخبرة بذلك ، وفي هذا المجال يقول اهرينج (IHERING) في نقده للشكل " ان الشكلية خطيرة ومعقدة ، حيث يتطلب الوضع على المتعاقد الالمام الكافي بماهية الشكل لضمان حسن استعماله ، فأقل خطأ أو اهمال أو عدم انتباه او سرعة تترتب عنه **آثار خطيرة (2).**

---

1) — روكسال ، المرجع السابق ، ص من 101 الى 103 .

أنظر ايضا جوسران ، نزع الصبغة الشكلية عن الوصية ، مقال في **دالوز** 1932 ص 73 ومابعدها يقول " التخلص عن الشكلية هو احدى العناصر الهامة للقانون الحديث " .

" La répudiation du formalisme est l'un des caractéristiques les plus importantes du droit moderne". JOSSERAND, la désolénnisation du testament. DALLOZ, 1932,Chronique

2) — أهرينج ، (IHERING) المرجع السابق ، ذكرته بنشاى ، المرجع السابق ص 74

وهكذا أصبحت الرضائية هي الاصل في التشريعات الحديثة والشكلية هي الاستثناء، اذ لم يبق لها سوى نقاط متناثرة. لكن هل يعني هذا أن التصرف الشكلي يسير نحو الانقراض؟ بالقاء نظرة حول التشريعات الحالية نلاحظ ان الوضع يبدو خلاف ذلك.

<u>عودة ظهور الشكلية في القوانين الحالية :</u>

لقد ظهر منذ بداية القرن العشرين من يتكلم عن عودة ظهور الشكلية في التصرفات القانونية، فاذا كان مبدأ الرضائية قد وجد مرتعا خصبا في ظل النظام الليبرالي الحر، الذي ترك الحرية للافراد في انشاء ماشاؤوا من تصرفات بدون تدخل من الدولة التي انحصر دورها انذاك في حماية الامن، الا ان النتائج السيئة التي خلقها هذا النظام، باستئثار فئة قليلة من الافراد بالثروات وبقاء الاغلبية الساحقة في الحرمان والفقر، ونشوء الازمات الاقتصادية، دفع بالدولة الى التخلي عن موقفها السلبي كدولة حارسة، والتدخل في تنظيم العلاقات الاجتماعية والاقتصادية واتخاذ الاصلاحات الملائمة لعلاج الوضعية المتدهورة للمجتمع، كما مهد هذا الوضع الى ظهور التيارات الاشتراكية وميلاد الانظمة الاشتراكية التي تسعى لاصلاح المجتمع واقامته على العدالة والمساواة وتعمل على تحقيق مصالح الجماعة أي المصلحة العامة قبل المصلحة الخاصة للافراد، اذ تحقيق المهام التي تسعى اليها الدولة لا بد لكي تنجح أن تقوم على سياسة التوجيه والتخطيط، وهما عمليتان تعتمدان أساسا على التشريع، فالدولة الحديثة تسعى لتنظيم مختلف العلاقات الاجتماعية والاقتصادية والى ضمان حسن سير المرافق العامة ووضع الوسائل القانونية المناسبة لتسهيل المعاملات بين الافراد، كما تسعى الى أحكام الرقابة على أهم التصرفات التي تتصل اتصالا وثيقا بالجهاز الاقتصادي، كتنظيم الملكية العقارية وتنظيم التجارة وتشجيع الائتمان وحماية مصالح المرافق العامة وأخيرا السهر على استقرار المعاملات وحماية بعض الفئات الاجتماعية كالعمال أو المستأجرين أو حماية بعض أفراد المجتمع كناقصي الاهلية والقصر الخ ...

ان هذه المهام كلها تستلزم بدون شك اصدار عدد هائل من النصوص القانونية والتنظيمية لتحقيق هذه الغاية، الا أن اصدار التشريعات لتنظيم مختلف جوانب الحياة الاجتماعية غير كاف وحده لبلوغ الغاية المنشودة بل الاساس في ذلك هو مدى تطبيق هذه النصوص، اذ يتعين الحرص على تطبيقها تطبيقا سليما ومراقبة الافراد حول مدى التزامهم بالقواعد الموضوعية الواردة بالنصوص التشريعية، لفرض جزاءات على مخالفتها، خاصة وأن الافراد كثيرا ما يرون في النص القانوني نصا لا جدوى منه وغير نافع، كما يرون فيه أحيانا نصا يتضمن ظلما، فيتحايلون على القانون ويتهربون من تطبيق قواعده بطرق شتى كالغش والتوسط والتسخير والصورية الخ ... وعلاج وضعية كهذه بالجزاء الموضوعي اي المنصوص عليه في موضوع العقد، يبدو غير ناجح وغير مجد لعدم امكانية الرقابة على مدى التزام الافراد بهذه القواعد ومراعاتهم لها، وهذا ما جعل الشكل وسيلة ممتازة، تسمح بالرقابة والوقوف على مدى احترام الافراد لقواعد القانون والتزامهم اياها (1). يضاف الى هذا ارتباط سياسة التوجيه الاقتصادي ارتباطا وثيقا بالشكلية، حتى أنه يمكن القول أن الشكلية نتيجة حتمية لسياسة التوجيه، فحتى لو أمكن تصور وجود انسجام بين الرضائية والتوجيه من جهة، وحرية التعاقد والتوجيه من جهة أخرى، الا انه من غير المعقول تصور سياسة توجيه بدون شكلية، فالشكلية هي الوسيلة الوحيدة الناجعة للرقابة وتطبيق الجزاء وتسهيل مهمة مرفق القضاء.

وهذا ما جعل الشكلية تشهد ازدهارا واندفاعا من جديد، حيث أصبحت التصرفات الشكلية في ازدياد مستمر، فكثرت الاشكال وتنوعت وأصبحت كثير من التصرفات تصرفات شكلية. ان الشكلية الحالية تختلف جذريا عن الشكلية القديمة التي عرفها الرومان فالشكل يتغير بتغير الواقع الحضاري للمجتمعات.

---

1) بييدي دي ليافر (PIEDELIEVRE)، تغيرات الشكلية في الالتزامات المدنية، رسالة دكتوراه، باريس 1959، ص 177.

PIEDELIEVRE, les transformations du formalisme dans les obligations civiles, Thèse, PARIS, 1959

يقول اهرينج بان الشكل يتغير لدى مختلف الشعوب ، وفي مختلف العصور الحضرية ، فهو يتغير كما تتغير الافكار والعواطف وحياة الناس (1).

أما جيني (GENY) فهو يقول أن الهدف المقصود ليس هو الغاء الشكلية التي تتطلبها الحياة الاجتماعية بل الهدف يتمثل في مجرد استبدال الشكلية الغريزية والرمزية البدائية بالتدريج بشكلية مخططة ونفعية ، وهذا النوع الاخير هو وحده الموجود في القانون المعاصر (2) ، كما يقول ديموج (DEMOGUE) ان الشكلية في صورتها الحديثة ليست تجسيما للافكار كما كان الشأن في العصور البدائية بل هدفها هو حماية الامن والائتمان (3) .

ان الرأى مجمع على الاختلاف الجذرى بين الشكلية في القديم والشكلية الحالية ، فالشكل في التشريعات الحالية أصبح شكلا هادفا يستخدم عن وعي وقصد لتحقيق مصالح مختلفة ، وهذا ما نتج عنه تعدد وتنوع في الاشكال نظرا لتشعب الاغراض المراد تحقيقها . ويعتبر القانون التجارى رغم حرية الاثبات ، مجالا خصبا للتصرفات الشكلية ، فقد أصبحت أهم التصرفات التجارية تصرفات شكلية ، فعقود الشركات والعمليات الواردة على المحلات التجارية والاوراق التجارية والاعمال المصرفية كالودائع لدى البنوك ، كلها تصرفات شكلية (4).

---

1) — اهرينج ، المرجع السابق ، ص 192 ، ذكره روكسال ، المرجع السابق ، ص 21 .

2) — جيني ، علم وفن القانون الوضعى الخاص ، جزء III ، 1921 ، ص 103 ذكره روكسال المرجع السابق ص 21 .

3) — ديموج ، المفاهيم الاساسية للقانون الخاص ، ص 69 ، ذكره روكسال ، المرجع السابق ، ص 21 .

4) — ريبار ، القانون التجارى ، الطبعة الثامنة أصدرها روبلو ، المكتبة العامة للقانون والقضاء ، 1974 ، ص 38 .

RIPERT (G), Droit commercial, 8ed par ROBLOT (R) , L.G.J.D , 1974

والمشرع الجزائرى، فى اطار مساهمته فى نجاح المسيرة الاشتراكية التى تعمل الدولة على تحقيقها، لم يفته الدور الفعال الذى يؤديه الشكل فى تحقيق سياسة التوجيه الاقتصادية التى تنتهجها الدولة، لتنظيم المرافق العامة وتوجيه علاقات الافراد لمسايرة الاتجاه الاشتراكي، وبهذا جعل من التصرفات التى ارتأى أنها تلعب دورا حاسما فى الحياة الاقتصادية والاجتماعية، تصرفات شكلية. ففى مجال الاملاك العقارية، اشترط المشرع الشكل الرسمى لكل التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية من بيع ورهن وارتفاق وانتفاع، وفى ميدان التجارة اشترط أيضا الشكل الرسمى لعقود الشركات التجارية وكذلك للعمليات الواردة على المحلات التجارية.

ويبدو أن القانون الجزائرى المتأثر بالاتجاه الاشتراكى الذى تنتهجه البلاد، يميل الى الشكلية أكثر من القانونين المصرى والفرنسى الذين استوحى منهما معظم نصوصه القانونية، فقد جعل من التصرفات التى رأى أن لها وزنها وتأثيرها فى الاقتصاد الوطنى، تصرفات شكلية بأتم معنى الكلمة، حيث يعتبر الشكل الكتابي، وغالبا الكتابة الرسمية، ركنا فى التصرف لا يمكن أن ينشأ بدونها، ومثال ذلك التصرفات الواردة على العقارات والمحلات التجارية والسفن وعقود الشركات، بينما نلاحظ أن هذه التصرفات ما تزال رضائية أو ترد عليها شكلية مخففة فى القانونين المذكورين.

الباب الاول

أهداف الشكلية و مفهومها

الفصل الاول

أهداف الشكلية

تمهيد

ظلت الشكلية منذ القديم مصاحبة للنظام القانوني مؤدية أدوارا هامة في ضبط وتنظيم حياة المجتمع وقد استمر وجودها في الشرائع الحديثة من أجل تحقيق أغراض شتى وأهداف متنوعة ورغم أن الهدف من الشكلية يختلف بصفة جذرية في الشرائع القديمة عنه في القوانين الحديثة؛ فمن شكلية غريزية ناتجة عن ميل العقل البشري البدائي الى كل ما هو مادي وملموس ومثير للحواس ونفوره من الافكار المجردة فأصبحت حاليا شكلية هادفة وضعت عن وعي وبقصد تحقيق أغراض محددة اما لحماية المصلحة العامة كحسن اسير المرافق العامة وتوجيه اقتصاد الدولة وتنظيم الملكية العقارية ؛ الخ ... أو لتحقيق مصالح الخواص كحماية طرفي التصرف بحثهم على الامعان والتأني في اتخاذ القرار أو لحماية الاشخاص الاخرين الذين يمسهم التصرف عن طريق تنظيم وسيلة لاعلامهم بوقوع التصرف .

وسنخصص المبحث الاول من هذا الفصل لدراسة الشكل كوسيلة لتحقيق المصلحة العامة ، والمبحث الثاني نستعرض فيه دور الشكل في حماية المصلحة الخاصة .

المبحث الاول : الشكلية لحماية المصلحة العامة

المطلب الاول : الشكلية وسيلة توجيه ورقابة

1 — التوجيه الاقتصادى :

يميل التشريع الحديث وخاصة ذو النزعة الاشتراكية الى تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ويقوم الشكل بوصفه وسيلة فنية للصياغة القانونية بدور هام فى توجيه السياسة الاقتصادية للدولة . فالقاعدة القانونية باعتبارها منظمة لسلوك الفرد فى المجتمع ، يجب أن ترتبط ربطا وثيقا بالنظام القانونى والاقتصادى الذى تنتهجه الدولة ، اذ الاتجاه التشريعى الحديث يتسم بتعدد التشريعات واتساعها لتشمل كافة أنواع العلاقات الاجتماعية فالنصوص التشريعية والتنظيمية تعد أداة ضرورية لتوجيه سياسة الدولة، ويعتبر الشكل احدى الوسائل الممتازة التى تعتمد عليها هذه السياسة من أجل الوصول الى تحقيق الاهداف التى تتبناها الدولة، فعن طريق الشكل يجب أن يتم ادراج الارادة الفردية ضمن الاطار الاجتماعى لكي تساير النهج الذى اختارته الدولة وتساهم فى تمكين الدولة على احكام الرقابة على التصرفات المدنية والتجارية الهامة التى يقوم بها الافراد والتى نظرا لوزنها وتأثيرها فى الاقتصاد الوطنى يجب الا تترك للمبادرة الفردية وحدها ، فيجب أن يكون الهدف الاول للشكلية هو تحقيق المصلحة العامة قبل المصلحة الخاصة، لاسيما فى الجزائر التى اختارت الخط الاشتراكى (1).

---

(1) — أ . ج . بن ددوش ، اعلان الارادة وتكوين العقد فى الجزائر، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 1 ، 10 مارس 1981، ص 27

BENDEDOUCHE (A:D) la déclaration de la volonté dans la formation du contrat en Algérie; Revue S.J.E.P. N° 1 ;1981.

فالشكلية تعتبر وسيلة هامة فى توجيه الاقتصاد الاشتراكى الذى تسعى الدولة الى تحقيقه ، لان المظهر الاكثر نضجا للنظام الاشتراكى انما يتجلى على المستوى القانونى (2) ، فمن طريقه يمكن تشجيع نوع معين من المعاملات بحث الافراد على اتيانه وتقديم تسهيلات لهم ومنحهم مزايا و وعلى العكس من ذلك يمكن الحد من نوع آخر من المعاملات أو التقليل منه بفرض عقوبات قانونية و تشديد الجزاء فى حالة مخالفة القواعد التى تحكمه .

2 — <u>الشكل للرقابة</u>

لقد أصبحت الرقابة وظيفة جديدة تضاف الى مهام الدولة فى العصر الحالى ، حيث أصبح من الضرورى قيام الدولة بالاشراف و مراقبة كافة أنواع العلاقات الاجتماعية وكل التصرفات الهامة التى يقوم بها الاشخاص العامة و الخاصة ، و يدخل هذا ضمن التوجيه الاقتصادى الشامل الذى أصبحت تضطلع به الدولة الحديثة بتدخلها فى مختلف جوانب الحياة الاجتماعية والاقتصادية العامة والخاصة . و تؤدى الشكلية فى هذا المجال دورا بارزا يتجلى من الاوجه الاتية :

أ — على المستوى القضائى : الرقابة القضائية طريق تقليدى معروف ، حيث يتولى القضاء عن طريق فصله فى النزاعات مراقبة مدى مطابقة التصرف القانونى الشروط الموضوعية والشكلية المحددة فى القانون (2) ، فيتسنى للقضاء بذلك تطبيق الجزاء المقرر على مخالفة قواعد القانون الامرة ، و هنا يظهر دور الشكلية فى تسهيل هذه العملية ، حيث يصعب فى التصرف الرضائى التأكد من مدى مخالفة القاعدة القانونية بينما يكون الوضع واضحا فى حالة كون التصرف شكليا ، فيتمكن القاضى من تقصي الحقيقة و فرض الجزاء على مخالفة

---

1) بيبي دى ليافر ، المرجع السابق ، ص 169 .

2) بيبي دى ليافر ، المرجع السابق ص 172

القانون بابطال التصرف أو فرض عقوبات . لنأخذ كمثال عقد الشركة فلو كان عقدا رضائيا فانه يصعب على القاضي معرفة حقيقة الشروط و العناصر المحددة التي يتضمنها هذا العقد (كنوع الحصص، و حقيقة تقديمها ، و موضوع الشركة ، و شروط توزيع الارباح و الخسائر الخ ..) بينما يصبح الوضع أقل صعوبة عند تحرير عقد الشركة في سند مكتوب ، حيث الحصص النقدية تقدم بين يدى الموثق و غرض الشركة و شروط توزيع الارباح و الخسائر وغيرها تدرج في سند الشركة فيستطيع القاضي بالرجوع الى نظام الشركة تحديد مدى احترام الشركاء للشروط الموضوعية التي فرضها القانون لتكوين هذا النوع من التصرفات ، فالشكل الكتابي يجسم ارادة المتعاقدين بصورة بارزة و واضحة مما يسهل اجراء الرقابة على مدى مطابقتها لقواعد القانون .

ب — الشكل كوسيلة للرقابة الادارية : تمارس الرقابة الادارية بواسطة مختلف الاجهزة الادارية ولها أثر حاسم و تأثير فعال في الحياة العملية ، فبالنسبة للتصرفات ذات الدور الهام في الاقتصاد الوطني يشترط لصحة اجرائها الحصول على ترخيص ادارى مسبق ، من ذلك مثلا المادة 2 من المرسوم رقم 15/54 المؤرخ في 1954/01/20 المتعلق بحرية المعاملات التي تشترط الحصول على ترخيص ادارى مسبق لاجراء العمليات المتعلقة بالتنازل عن عقارات تزيد قيمتها على ألف فدج ، وكذلك تلك المتعلقة بالعمليات الواردة على المحلات التجارية اذا زادت قيمتها على ألفي فرانك جديد وكذلك المادة 50 من الامر رقم 80/75 المؤرخ في 23 أكتوبر 1975 المتضمن القانون البحرى التي تشترط الحصول على ترخيص ادارى مسبق لشراء سفينة و المادة 133 من الامر رقم 31/75 المؤرخ في 29 أفريل 1975 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص التي تنص على وجوب قيام صاحب العمل الذى يستخدم عمالا أجانب بتصريح بذلك لدى مفتشية العمل للولاية الموجودة بها .

ان أهمية هذه التصرفات في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية جعلت المشرع يخضعها لهذه الاجراءات الادارية المتمثلة في التراخيص و التصريحات ، و قد رتب المشرع جزاءات عقابية على مخالفة الشكليات الادارية ، مثل العقوبة

التي تنص عليها المادة 144 من الامر رقم 31/75 المؤرخ في 1975/04/29 المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص ، اذا لم يقم رب العمل بالتصريح بوجود عمال أجانب يستخدمهم ،وقد يكون الجزاء مدنيا كبطلان التصرف ، فبيع عقار تزيد قيمته على ألف دينار جزائري دون الحصول على ترخيص اداري مسبق يترتب عليه بطلان التصرف رغم اكتمال اركانه (1) كما أن الرقابة الادارية قد تتم بواسطة سجلات معينة ، فسجل الشهر العقاري يسمح بالرقابة على تداول العقارات والسجل التجاري يسمح بالرقابة على الشركات التجارية التي لا تكتسب شخصية معنوية الا بعد القيد في هذا السجل ، وسجل السفن يسمح بالرقابة على العمليات الواردة على السفن (المادة 34 بحري) مثل البيع والشراء والرهن . فالنتائج التي توصلنا اليها هذه الملاحظات العامة المترتبة على الرقابة الادارية لا تقف عند الاهداف المباشرة التي أفصحت عنها النصوص المنشئة لها بل ترتبط بأسباب أعمق تتجاوز المجال القانوني البحت ، فهي تعبر عن النظام الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وبصفة أعم عن الايديولوجية التي تتبناها الدولة (2) .

واذا كانت الشكليات الادارية لا تجعل بمفردها التصرف شكليا بالمعنى الحقيقي ، الا أنها تعبر عن مدى الدور الفعال الذي يؤديه الشكل أيا كان نوعه ، أضف الى ذلك أن الشكليات الادارية تفرض عادة على التصرفات الهامة التي يشترط المشرع الشكل كركن لصحتها .

---

1) — قرار المجلس الاعلى رقم 22812 مؤرخ في 31/ 13/ 1982
قضى فيه بابطال بيع أرض فلاحية دون الحصول على ترخيص اداري من الوالي ، نشرة القضاة ، العدد الخاص سنة 1982 ، ص 129 ، 130

2) — بيي دي ليافر ، المرجع السابق ص 175 .

المطلـب الثانـــي

الشكليــة لحمايــة الامــن والائتمــــان

1 ـ الشكـل لتحقيـق الامـن : ان أهميــة عامــل الامــن والاستقـرار فى المعاملات لا يضاهيهــا أى عامل اخر،فاستتباب الامـن هو الركيـزة التى يتوقف عليهـا نشــاط المجتمـع سـواء كـان ذلــك بالنسبـة للمجتمع ككـل أم بالنسبـة لوضعيــة الخواص . والامثلـة على ذلــك واضحـة فمجـرد الخـوف من انـدلاع حـرب دوليـة أو أهليــة يعتبـــر عـامل تهديـد للامـن واستقـرار المعاملات ينعكس سلبيـا على النشـــاط المــادى لحيـاة الافـراد ويـؤثر فيه ويسبب اختــلالا فـى المعاملات وبالنسبـــة للخـواص ،فمجـرد الشــك فى وضعيــة قـانونيــة معينــة ، يـؤدى بالفـرد الــى الاحجـام عنهـا . ان العــلاقـات الاجتماعيـة فـى حاجـــة ماسـة الـى الاستقـــرار والوضـوح فيجــب أن يكـون انتقـال الامـوال ،وبالاخص تلـك التى لهـا أهميــة كبيـرة فـى حيـاة المجتمـع مثـل العقـارات والسفـن والمحـلات التجاريـة الـخ ... ، بشكل واضـح وجلـى لكـي يكـون الافـراد على بينــة مـن وضعيتهـا .وتلعـب الشكليـة فـى هـذا المجـال دورا بـارزا،فهـى أداة ممتـازة للاعـلام عـن وقـوع التصـرف مـن حيـث تـاريخـه ومكان واجـرائـه ومـن حيث مضمونه وتحـديد مـدى الاثـار المترتبـة عليـه ،فالتصـرف الـذى يحـرر فـى سـنـد مكتـوب يسمـح للغيـر بالاطـلاع عليـه وتقصى كـل ما يتضمنـه ،فالمعـامـلات الواردة على العقـارات (بيـع ، رهـن ، هبـة ...) يستطيع كـل مـن لـه مصلحـة الاطـلاع عليهـا فى مكتـب الشهـر العقـارى ، ولا تنتقـل الملكيــة الا اذا تـم الشهـر ،كمـا أن مالــك سهـم فى شركـة مساهمة يقيـد اسمــه فــى سجــل الشركـة ويظـل مالكـا للسنـد مادام اسمه مقيـدا فى سجـل الشركة مهما كانت العمليـات التى وردت في السنـد (1) ،فعـن طريـق تحرير التصرف فى سنـد مكتـوب لا يخشـى عليـه من تغير الظـروف كما يسهل اثبـات وجوده وتحديد التزامـات أطـرافـه وحقـوقهـم .

---

1) ـ مهنكـلي ، عـودة ميـلاد الشكليـة فـى العقـود التجـاريـة ، رسالـة دكتـوراه كـاييـن 1914 ص 31 .

2 ـ حماية الائتمان : لا يخفى على أحد ما للشكل الكتابي من أهمية في تشجيع الائتمان وحمايته ، فالدائن يطمئن أكثر لاستيفاء حقه متى كان لديه سند مكتوب بهذا الدين ، فلا يخشى من المنازعة حول وجوده أو نسيانه أو حتى بجحود المدين ونكوله من الوفاء، ويكون في مركز أكثر قوة متى كان لديه سند رسمي حيث يستطيع التنفيذ به دون حاجة لاستصدار حكم قضائي ، الى جانب المزية التي تحققها الاوراق التجارية في مجال الائتمان حيث تعتبر أدوات ممتازة لتحقيق هذا الغرض فالشكلية المبسطة التي تتميز بها هذه الاوراق (السفتجة السندات للأمر او الاسمي ، للحامل ، الشيك) جعلتها سهلة الانشائها وسريعة التداول ملبية بذلك حاجات التجارة ورغبات التجار في تنمية تجارتهم بأقصى سرعة ممكنة ، كما أن صفة التجريد التي تتصف بها الاوراق التجارية (تجريدها من الدفوع) تعد دعامة بالغة الاهمية للائتمان واحدى الميزات الاساسية التي يلفتها الاوراق التجارية في تداولها وتحسين مفعولها وفعاليتها مقدمة بهذا أقوى ضمان للدائن في استيفاء حقه .

ان الدور الذي يؤديه الشكل في ميدان الائتمان غير خاف ولادليل على ذلك من لجوء التجار الى استعمالهم للمحررات الكتابية في معاملاتهم ، لاسيما اذا تعلق بالائتمان حتى ولو أن القانون لم يشترط فيها شكلا كتابيا .

المطلب الثالث :

تحقيق العدالة وتسهيل مهمة القضاء

1 — تحقيق العدالة

2 — تسهيل مهمة القاضي

1 — تحقيق العدالة :

ساد مبدأ سلطان الارادة في القرن الثامن عشر كنتيجة للمذهب الفردي الحر ، الذى كان يرى الى الفرد غاية فى حد ذاته يجب أن يعمل المجتمع على تحقيقها وبالتالي يجب على الدولة أن تضع كافة الوسائل فى متناول الفرد لكي تسهل له القيام بنشاطه ، فيكون من الضروري عدم تقييد ارادته بالاخص فى مجال التصرفات القانونية سواء من حيث الشكل أو الموضوع ، وتركه ينشئ ما شاء من التصرفات ويحدد الاثار المرتبطة بها كما شاء دون أى تدخل من الدولة اذ أن المجتمع لدى أنصار هذا المذهب انما يرتكز على الفرد ، وتسخير كافة الوسائل يعتبر الهدف الذى يجب أن يسعى اليه المجتمع وما دام الفرد هو الغاية فيجب أن يستكمل شخصيته وذلك بأن تمنح له الحرية المطلقة فى مجال النشاط وتعتبر الارادة غير المقيدة للفرد احدى مظاهر هذه الحرية (1) . الا أن ترك الحرية للافراد فى مجال التعامل دون أى تدخل من الدولة يستلزم وجود تساويهم ، وهذا ما يصل اليه انصار هذا المذهب ، فهم يرون أن الافراد متساوون ما داموا أحرارا فى كيفية اجراء تصرفاتهم وتحديد أثارها ، الا أن هذه النتيجة النظرية للمساواة بين الافراد فى التعاقد غير صحيحة فى الواقع العملي ، حيث أن الافراد يختلفون من حيث الذكاء والخبرة

---

1) — انظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط فى شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام جزء اا دار احياء التراث العربي 1973 ، ص 153 .

و بالاخص من حيث القوة الاقتصادية ، مما يجعل الطرف القوى يملي شروطه على الطرف الضعيف ، و هذا ما أدت اليه نظرية المذهب الفردي حيث ظهر اختلال موازين القوى فى المعاملات و عادت بنتائج سيئة على المجتمع و قد مهد ذلك لظهور المذاهب الاشتراكية التى تهدف الى انشاء مجتمع قائم على العدالة الاجتماعية و المساواة بواسطة تدخل الدولة و سياسة التوجيه و اعادة توزيع الدخل القومي بشكل موضوعي و عادل . و يلعب القانون فى هذا الميدان دورا حاسما و تقوم الشكلية بدور فعال فى تحقيق المساواة و العدالة فى المعاملات وفى هذا الاطار يقول الفقيه الالمانى المشهور ايرينج " الشكلية هى الاخت التوأمة للعدالة " (1) .
" La forme est la soeur Jumelle de l'équité "

فالتصرفات الشكلية التى تجرى أمام موظف عام أو الموثق تحول عادة الى عدم تأثير الطرف القوى على الطرف الضعيف فوجود شخص ثالث يمثل السلطة مع أطراف التصرف يعد ضمانا لتحقيق المساواة و العدالة فى التعاقد ، و يعمل على تفادى استعمال الشروط التعسفية التى يمليها الطرف القوى على الضعيف أضف الى هذا أن الموظف العام و غالب ما يكون موثقا هو ملزم بتقديم نصائحه للاطراف (2) . فيبين لهم مدى الالتزامات التى تترتب على تصرفهم و الجزاء الذى ينجم عن الاخلال بها ، لكي يكونوا على بينة من الامر و يقيهم من الوقوع مستقبلا فى مفاجآت لم تكن تخطر ببالهم عند اجراء التصرف خاصة اذا كان أحد طرفي التصرف أقل خبرة أو ذكاء من الاخر حيث يتمكن بواسطة نصائح الموثق معرفة حقيقة التصرف و مدى أهميته (3) . كما أن الشكل الكتابي يساعد القاضى على الكشف عن الشروط التعسفية أو غير المشروعة التى يتضمنها التصرف القانونى ، عكس ما اذا كان التصرف رضائيا حيث يصعب الكشف عن الشروط المخالفة للقانون و النظام العام و الاداب .

---

1) — اهرينج روح القانون الرومانى ، ترجمة ميلينال مذكره روكسال الرسالة السابقة الذكر ، ص 20

2 — المادتان 3 و 4 من قانون التوثيق 1970 .

3 — بيبي دى ليافر ، المرجع السابق ص 165 .

2 — تسهيل مهمة القاضي

يسعى القاضي للوصول لمعرفة النية المشتركة لاطراف النزاع في مجال العقود، واذا كان الاصل أن على طرفي النزاع أن يقوم كل منهما باثبات ما يدعيه، ويقوم القاضي بالفصل على أساس ما تم استخلاصه من ادعاءاتهم، الا أن استنتاج الحقيقة من أقوال الاطراف قد يصعب أحيانا بالاخص اذا كان التصرف رضائيا، وتم اجراؤه شفاهه فهنا لا يمكن الاعتماد على ادعاءات الاطراف وحدهم للوصول الى الحقيقة، فيقع هنا العبء على القاضي في استنتاج حقيقة ما اتفق عليه طرفا النزاع من خلال ظروف الوقائع وخاصة عن طريق القرائن، ويظهر الدور الهام الذي تؤديه الشكلية هنا، فاذا كان التصرف شكليا، فمهمة القاضي سهلة في اكتشاف النية المشتركة للمتعاقدين وتحديد التزامات وحقوق كل منهما ويكون الوضع أكثر سهولة فيما اذا كان الشكل رسميا، حيث يعد ما جاء في السند الرسمي حجة لا يقبل دحضها الا بالطعن بالتزوير، وتكون بالتالي مهمة القاضي في تقصي الحقيقة سهلة بسيطة .

أما الفقيه الالماني اهرينج، وهو من خصوم الشكلية فيرى أن تسهيل مهمة القاضي هنا، انما يتم بالتضحية بأعمال أخرى، فتسهيل مهمة القاضي يلقي بالعبء على الاطراف في التصرف الشكلي في تحديد مقاصدهم والتزاماتهم عند اجراء التصرف، وهنا تظهر خطورة الشكل حيث أن أي اهمال أو تسرع يؤدي الى نتائج خطيرة، لم يكن يقصدها المتعاقدان، فالشكل يجب أن يعرف دوره بدقة، والا كان خطرا على الاطراف (1) . الا أن هذا النقد يبدو غير وجيه، فالشكل اذا كان رسميا فهو يقع بحضور موظف عام يسهر على اعداده، طبقا لقواعد القانون ويقدم نصائحه للاطراف ويعرفهم بأهمية التصرف ومدى الاثار المترتبة عليه ويجنبهم الوقوع في الاخطاء، واذا كان الشكل عرفيا فهو ليس حجة لا تقبل اثبات العكس بل يمكن اثبات عكسها بوسائل اثبات أخرى ولو أن هذا الطريق صعب، فهو استثنائي حيث لا يجوز اثبات ما اشتمل عليه دليل كتابي بالبينة، الا ان هذا لا يعني أنه لا يجوز اثبات

---

1) — اهرينج، المرجع السابق، ذكره مينيكلي، المرجع السابق ص 25

عكس ما جاء في دليل كتابي اطلاقا اذ يجوز اثبات عكسها بالاقرار او اليمين الحاسمة .

أما مسألة أن تسهيل مهمة القاضي يلقي العبء في الاثبات على الاطراف فهو ليس نقدا وانما تأكيدا للدور الاصلي للاطراف في اثبات ما يدعيانه ، فالمبدأ أن على الاطراف يقع اثبات ما يدعيانه ولا يأتي دور القاضي الا بشكل ثانوي في تكوين اعتقاده من خلال ما توصل الاطراف الى تقديمه من أدلة أثبات .

وخلاصة القول ، هو أن اهمية الشكل في مجال أعمال القضاء واضحة الاهمية ، فهي تساهم في الفصل في المعاملات بسرعة وتجنب القضاء اعباء ومتاعب كثيرة في مجال الاثبات كالانتقال للمعاينة وتقديم الخبرات واستخلاص الحقائق من الوقائع .

المطلب الرابع :

الشكل التحقيق ايرادات للخزينة العامة

كثيرا ما ترتبط بعض التصرفات ذات القيمة المالية الكبيرة بدفع حقوق مالية للخزينة العامة تتمثل في رسوم وضرائب (1)، يدفع قيمتها أطراف التصرف ، فالعمليات الواردة على العقارات والمحلات التجارية وعقود الشركات تخضع وجوبا للتسجيل (المادة 53 من قانون التسجيل لسنة 1971) الذي يترتب عنه دفع حقوق للخزينة العامة. هذه الحقوق التي كثيرا ما يتعذر استيفائها اذا لم تكن المعاملات التي فرضت عليها محررة في سند مكتوب ، فلو ترك المشرع هذه التصرفات تجري بطريقة التراضي دونما استلزام شكل معين ، لامكن التهرب بسهولة من دفع الرسوم والحقوق المفروضة على هذه المعاملات ، بينما يسمح الشكل الرسمي المفروض على هذه التصرفات بضمان استيفاء حقوق الخزينة ومنع التهرب من الضرائب والرسوم المقررة على التصرفات التي رأى المشرع اخضاعها لها ، فمن الناحية العملية كثيرا ما يلجأ الافراد الى اخفاء القيمة الحقيقية للتصرف أو استعمال الصورية بقصد التهرب من تسديد حقوق الخزينة .

---

1) — المادة 42 من قانون الوثيق "يتعين على كل من يلتمس تحرير عقد موثق او يطلب نسخة او بصفة عامة يلجأ الى طلب مساعدة الموثق من اجل القيام بأي اجراء كان . دفع رسم مطلوب يحدد مبلغه بموجب مرسوم". والمادة 44 من قانون التوثيق تنص على مايلي "يقوم الموثق بقبض الرسوم والحقوق من كل نوع لحساب الدولة للملتزمين بتسديدها ويدفع شهريا الى الخزينة العامة المبالغ المقبوضة".

المبحث الثاني :

الشكل لحماية المصلحة الخاصة

تمهيد :

لا يقتصر الشكل على حماية و تحقيق المصلحة العامة بل يقوم بدور حمائي فعال في مجال المعاملات الخاصة، و لا سيما في بعض العقود ذات الاهمية الكبيرة في حياة الافراد كالتصرفات الواردة على العقارات و السفن و المحلات التجارية ، حيث يستلزم المشروع افراغها في شكل رسمي لحماية أطرافها وضبط أثارها، هذا من جهة و من جهة ثانية تتضمن بعض التصرفات من الشروط و الاحكام ما تعجز الذكره عن حفظها و تذكرها نظرا لكثرتها و تشعبها ، فما حسن علاج لوضعية كهذه هو فرض ابرام تصرفات من هذا النوع في شكل كتابي ، و هذا ما قرره المشرع بالنسبة للعقود من هذا النوع كعقد الشركة و الاتفاقيات الجماعية للعمل .

ان الشكل يقوم بحماية أطراف التصرف كما يقوم أيضا بحماية حقوق الغير الذي يمسهم التصرف ، سنعالج في هذا المبحث الشكل لحماية أطراف التصرف في مطلب أول وفي المطلب الثاني الشكل لحماية الغير .

المطلب الاول

1 — حماية أطراف التصرف

يقوم الشكل بحماية المتصرف من التسرع في اتخاذ قراره ويدعوه الى الامعان والروية والتفكير في ماهية التصرف الذي يقدم عليه ومدى خطورته ، وهذا ما لا يتحقق في التصرف الرضائي الذي يجرى شفاهة ، ان أهمية الشكل في حماية مصلحة الخواص هي التي دعت المشرع الى اخضاع التصرفات الهامة الى شكل رسمي أو عرفي حسب الاحوال من أجل تحقيق هذه الغاية ، أي حماية المصلحة الخاصة) وقد اشترط المشرع الجزائري الشكل الرسمي في العقود ذات الاهمية الكبيرة في حياة الجماعة كالتصرفات الواردة على الاملاك العقارية والمحلات التجارية والسفن وعقود الشركات ، اذ أن تدخل الموثق في تحرير هذه العقود ضمانة لتحقيق مصلحة أطراف التصرف فيقدم لهم نصائحه ويبصرهم الى مدى الالتزامات التي تترتب على تصرفهم، فابرام عقد شركة تضامن مثلا يترتب عليه مسؤولية تضامنية وغير محدودة للشركاء عن ديون الشركة ، فيجنبهم ذلك الوقوع مستقبلا في مفاجآت لم تكن تخطر ببالهم عند انشاء التصرف، كما أن مراعاة الشكل المقرر يحث الاطراف على توضيح مواقفهم والتزاماتهم بصورة واضحة .

وبالنسبة للرضا فان الشكل يعد دعامة في حمايته ، فعيوب الرضا تقل في التصرف الشكلي عنه في التصرف الرضائي ، فالشكل يقي المتصرف من التسرع والوقوع في الغلط ، كما أنه من السهل اجبار شخص على التعاقد شفاهة لكن يصعب هذا في تصرف شكلي رسمي، فالاكراه نادر في التصرفات الرسمية (1)

---

1) — م . أ . كيرييرو ، التصرف القانوني الشكلي ، رسالة دكتوراه تولوز 1975 ، ص 41

M. A. GUERRIERO, l'acte juridique solennel , thèse toulouse 1975.

كما يسمح التصرف الشكلي بتحديد دقيق لتاريخ و مكان ابرامه ، ولا يخفى هنا ما لتاريخ التصرف من أهمية كتحديد القانون الواجب التطبيق عليه اذا صدر قانون جديد يلغي أو يعدل القانون السابق ، ففي الجزائر كان بيع العقار يعتبر تصرفا رضائيا يكفي التراضي لانشائه (1) قبل صدور قانون التوثيق سنة 1970 و بعد صدور هذا القانون أصبح بيع العقار عقدا شكليا لابد من تحريره لدى الموثق لكي يصح (2) ، الى جانب أن تاريخ التصرف يسمح بمعرفة أهلية الاطراف وكذلك تحديد ما اذا كان الايجاب مازال قائما عند صدور القبول أم لا ، كأن يكون قد سقط أو عدل عنه أو أن الموجب توفي قبل وصول القبول ، يضاف الى هذا أن تنفيذ العقد يسري مبدئيا من تاريخ انشاء التصرف ما لم يتفق على خلاف ذلك ، فمثلا يسمح التاريخ الثابت بمعرفة بدء سريان التقادم الذي يبدأ في الاصل من تاريخ تنفيذ العقد .

بالنسبة لمكان ابرام التصرف فهو يتحدد في التصرف الشكلي بما لا يدع مجالا للشك والمنازعة فيه و هذا ما يسمح بمعرفة المحكمة المختصة اقليميا بالفصل في النزاع الذي قد ينشأ عنه ، فالاصل أن الاختصاص يعقد للمحكمة التي أنشئ التصرف في حدود اختصاصها . و في مجال القانون الدولي الخاص يساهم تحديد مكان ابرام العقد بمعرفة الشكل الذي يخضع له التصرف ، اذ أن التصرف يخضع في شكله لقانون المحل طبقا للقاعدة المشهورة "الشكل يخضع لقانون المحل" (LOCUS REGIT ACTUM) أنظر المادة 19 من القانون المدني .

المطلب الثاني : حماية الغير

يتجاوز الدور الحمائي للشكل طرفي التصرف الى حماية مصلحة الغير بحيث كثيرا ما يهم الغير العلم ببعض التصرفات التي لها أهمية كبيرة ، فقد جعل المشرع أموال المدين كلها ضامنة للوفاء بديونه ، فمن مصلحة الدائن أن يعلم بالتغييرات الهامة التي تطرأ على هذا الضمان العام لكي يتخذ الاجراءات اللازمة للحفاظ على حقوقه كرفع دعوى عدم النفاذ

1) — قرار المجلس الاعلى رقم 24573 المؤرخ في 9 /6/1982 ، الذي قضى بصحة بيع عقار تم بعقد عرفي في سنة 1963 ، أنظر نشرة القضاة عدد خاص 1982 من 147 و 148 .

2) — راجع المادة 12 من قانون التوثيق .

المادة 191 مدني (1) أو المزايدة على ثمن البيع في حالة بيع المحل التجاري الخ . . .
ان عدم وجود الشهر قد يجعل المدين يتصرف في الاموال الهامة التي تشكل ذمته المالية خفية وعلى غير علم من دائنيه مما قد يضر بهؤلاء نتيجة نقصان الضمان العام ، لذلك فقد أخضع المشرع التصرفات الهامة الى نظام الشهر ، مثل التصرفات الواردة على العقارات والمحل التجاري حيث يتعين شهرها في سجل الشهر العقاري أو شهرها عن طريق النشر في الصحف بالنسبة للمحل التجاري ، الى جانب أن بعض التصرفات يهم الجماعة العلم بها مثل عقود انشاء الشركات والمعاملات الواردة على السفن ، لذلك استلزم القانون شهرها بطرق مختلفة . واذا كان الشهر قد تقرر مبدئيا لحماية الغير فقد يكون له دور هام بالنسبة لطرفي التصرف أنفسهم بحيث يصبح تصرفهم نافذا في مواجهة الكافة ولا يخشى عليه من تقديم معارضة من الغير . وقد يكون للشهر دور خاص في بعض الحالات كما هو الشأن في بيع العقار حيث لا تنتقل الملكية بين طرفي العقد الا بعد شهره .
ومن البديهي أنه لكي يشهر التصرف يتعين تحريره في سند مكتوب ، فكل التصرفات التي اشترط المشرع شهرها هي تصرفات كتابية أو شكليـــــــة .

---

1) — المادة 191 من القانون المدني : " لكل دائن حل دينه ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه . . . "

الفصل الثاني : مفهوم التصرف الشكلي

المبحث الاول : التصرف الشكلي بالمعنى الحقيقي

المطلب الاول : تعريف التصرف الشكلي

يقصد بالشكل من الناحية الفلسفية وضعية شئ معين ، لكن يبدو أن هذا التعريف لا يصلح نقله الي ازمجال القانوني (1) ، فالشكل في ميدان التصرفات القانونية له معنى أضيق من هذا ، واذا كان تعريف التصرف الشكلي قد يظهر لاول وهلة أمرا بسيطا ، الا أنه في الواقع يثير صعوبات و يحتاج الى تحديد و تدقيق ، فتعدد الاشكال و تنوعها واختلاف الاغراض التي تسعى الى تحقيقها و تنوع الجزاء المترتب على عدم مراعاتها ، كلها مسائل تجعل من تعريف التصرف الشكلي بصورة واضحة و دقيقة أمرا محل اختلاف . فهل يعتبر تصرفا شكليا كل تصرف أخضعه المشرع لاجراء شكلي معين بغض النظر عن طبيعة هذا الشكل و الجزاء المقرر على اغفاله ؟ أم أن هناك أشكالا معينة هي وحدها التي تجعل التصرف القانوني تصرفا شكليا ؟ وقبل أن نتعرض للاجابة على هذا السؤال نشير الى ملاحظة ، و لو أنها بديهية ، لكن أهميتها تقتضي الاشارة اليها ، وهي أنه يجب الا يفهم من شكل التصرف ذلك الثوب الذي تتخذه الارادة لكي تبرز الى الواقع الاجتماعي الخارجي ، فالارادة كما سبق أن رأينا حالة نفسية لابد أن يعبر عنها صاحبها بشكل خارجي معين (2) ، اذ المناجاة بين الضمائر غير ممكنة في مجال القانون ، فلا بد اذن للارادة لكي تخرج من وضعيتها النفسيه الداخلية و تتحول الى ظاهرة اجتماعية و قانونية أن يعبر عنها صاحبها بصورة معينة كاللفظ أو الكتابة أو الاشارة ، أي لابد أن تتخذ شكلا معينا ، الا أن الشخص يظل حرا في اختيار الوسيلة التي يعبر بها عن ارادته ، فهو غير ملزم باتباع شكل خاص، وما دام له الخيار

---

1) — م . أ . كيربيرو، المرجع السابق ، ص 8 .

2) — ج . فلور ، أفكار حول تطور الشكلية ، دراسة مهداة الى ريبار ، 1951 ، جزء اا ص96

- Flour (Jacques) quelques notions sur l' évolution du formalisme, études offertes à Ripert 1951, Tome II .

فى طريقة التعبير عن ارادته فلا نكون بصدد تصرف شكلى (1) . و بصدد هذه الملاحظة نعود الى الاجابة عن سؤالنا حول المقصود بالتصرف الشكلى . يبدو من المنطق القول بأن كل تصرف يخضع لشكل معين هو تصرف شكلي ، لكن هذا القول تعوزه الدقة و يحتاج الى تحليل و تدقيق ، فيجب أن نميز بين التصرف الشكلى و التصرف الذى يتطلب شكليات ، اذ أن هذان الاصطلاحان كثيرا ما يستعملان كمترادفين رغم أن هناك فرقا بين مفهوم كل منهما ، و من التعاريف التى قيلت فى هذا الاتجاه تعريف جيني (GENY) (2) فهو يرى أن التصرف الشكلى هو الذى فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفاعلية القانونية بدرجة ما ، فان كانت هناك حرية فى اختيار الشكل فلا نكون أمام تصرف شكلى ، أما روبيي (P.ROUBIER) (3) فهو يرى أن الشكلية تعنى كل عمل يهدف الى ايضاح النظام القانونى و تحديد الوضعية القانونية للافراد بوسائل خارجية كالشكليات و المواعيد و الاجراءات . كما يعرف بونكاز (BONNECASE) (4) الشكلية بأنها ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التى تعرف عادة بالتصرفات الشكلية و تلك التى تخضع لشكليات خاصة و التصرفات التى تتطلب تعبيرا صريحا عن الارادة .

يتضح من هذه التعاريف للشكلية بأنها تعاريف عامة و واسعة ، فهى تشمل التصرف الشكلى بالمعنى الحقيقى أى الذى يعتبر الشكل فيه ركنا أساسيا لقيام التصرف و الشكليات الاخرى التى تؤدى أغراضا مختلفة كشكليات الاثبات و الشهر و الاشكال الادارية و شكليات التأميل الخ . . . يجب أن نميز اذن بين التصرف الشكلى الذى يمثل الشكل فيه ركنا جوهريا لابد منه لقيامه و التصرف الذى يتطلب شكليات أو بمعنى آخر التصرف الرضائى الذى يتطلب شكليات .

---

1) — م . أ . كيرييرو ، التصرف الشكلى ، رسالة دكتوراه 1975 ، ص 8 .

2) — جيني ، علم و فن القانون جزء III ، 1921 ص 84 ذكره فلور ، المرجع السابق ص 96

3) — روبيي ، النظرية العامة للقانون ، تاريخ المذاهب القانونية و الفلسفية و القيم الاجتماعية الطبعة الثانية 1951 ، ص 92 .

4) — بونكاز ، تتمة الشرح النظرى و التطبيقى للقانون المدنى لبودرى لاكونتينرى ، جزء II 1945 ، ذكره بيتاى المرجع السابق ص 75 .

فالتصرف الشكلي الحقيقي هو التصرف الذي يعتبر الشكل فيه ركنا لابد منه لقيام التصرف ، فهو يقابل التصرف الرضائي ، فهذا الاخير يحتاج لقيامه توافر الرضا والمحل والسبب، وفي التصرف الشكلي يضاف اليها عنصر رابع وهو الشكل . وقد رأينا أن الشكل في التشريعات المعاصرة ليس كما كان في الشرائع القديمة عبارة عن طقوس ورموز بل أصبح شكلا خطيا أي في صورة تحرير التصرف في سند مكتوب وفقا لقواعد محددة ومضبوطة تختلف من تصرف لآخر ، فقد يشترط المشرع تدخل موظف عام مختص لتحرير مضمون تصرف معين ، مثل التصرفات الواردة على بيع العقار وانشاء عقد الشركة الخ ... وهو يعد أقوى التصرفات الشكلية سواء من حيث التنفيذ به ، اذ يكفي بذاته لتنفيذ الجبري دون حاجة لاستصدار حكم قضائي أو من حيث حجيته في الاثبات، حيث يعتبر ما ورد به صحيحا ولا يجوز اثبات خلافه الا عن طريق الطعن بالتزوير . وقد يكون الشكل عرفيا حيث أن المشرع يكتفي بالنص على تحرير التصرف ويترك للافراد مهمة القيام بذلك ، كما قد يشترط وجوب ذكر بيانات معينة في سند التصرف كما هو الحال في الاوراق التجارية ، يضاف الى هذا الشكل الذي يتفق عليه الطرفان لانشاء التصرف ، كأن يتفقا في عقد ابتدائي على وجوب ابرام التصرف النهائي في شكل كتابي رسمي أو عرفي ، فيكون التصرف هنا تصرفا شكليا على أساس ما أراده المتعاقدان أي شكلا اتفاقيا .

فالتصرف الشكلي إذن يقيد فيه التعبير عن الارادة بصدوره في الشكل المحدد سلفا في القانون من أجل صحته (1). يترتب على كون الشكل ركنا جوهريا لابد منه لقيام التصرف نتائج هامة ، حيث يؤدي عدم مراعاة الشكل المقرر الى عدم قيام التصرف ذاته ، لان الشكل هنا ركن من أركان التصرف لا يمكن الاستغناء عنه . ويسمي البعض هذا النوع من الشكلية بالشكلية المباشرة (2) (FORMALISME DIRECT) على اعتبار أنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني حيث أن عدم مراعاتها يؤدي الى بطلان التصرف بخلاف الاشكال الاخرى

---

1) — ليون جيليودي لامورونديار ، الوجيز في القانون المدني ، الكتاب الاول ، جزء III ، الالتزامات 1964 ، ص 160 .

DE LA MORANDIERE(LEON JULIOT), PRECIS DE DROIT CIVIL, LIVRE 1, TOME III, 1964.

2) — السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ، جزء 1 ، مصادر الالتزام ، 1973 ، ص 166 هامش

التي تعتبر شكلية غير مباشرة لكونها تمس جانبا من جوانب التصرف كاثباته أو نفاذه تجاه الغير ، الا انها لا تمس أركان التصرف في حد ذاتها و هناك من يطلق عليها أيضا شكلية بين الاطراف (1) (INTER PARTES) على أساس أن أثرها ينصب أولا و قبل كل شئ على العلاقة القانونية لطرفي التصرف سواء من حيث وجود التصرف في حد ذاته أو آثاره الاخرى كنفاذه و مضمونه في مقابل الاشكال المقررة للشهر التي تهم بالدرجة الاولى الغير .

و عادة ما تنص المواد القانونية على بطلان التصرف في حالة عدم احترام الشكل المقرر ، الا أنه اذا كان الاصل أن يحدد النص القانوني جزاء البطلان على عدم مراعاة الشكل ، فقد يرد النص أحيانا خاليا من الجزاء المترتب على مخالفة الشكل المقرر ، و هنا يرى الاستاذ السنهوري (2) أنه لا يجوز تفسير الشكل بالقول أنه ليس شكلا لصحة التصرف بل هو للاثبات لكون الاصل في التصرفات القانونية هو الرضائية بل يكون الشكل للصحة ، لان المشرع هو صاحب السلطان في تحديد دور الشكل المفروض و اذا ذكر شكلا لصحة التصرف فهو للصحة و لو لم يذكر فيه البطلان كجزاء لعدم مراعاته .

وكما رأينا فان التصرف الشكلي هنا يقابل التصرف الرضائي لكن ليس معنى هذا وجود استقلال تام بين الرضا و الشكل في كلا التصرفين بل هناك علاقه وثيقة بينهما و تأثير متبادل .

المطلب الثاني

العلاقة بين الشكل و الرضا

لا ينحصر الفارق بين التصرف الشكلي و التصرف الرضائي في كون التعبير عن الارادة مقيد في التصرف الشكلي بصدوره في الشكل المحدد سلفا في القانون ، بينما هو حر في التصرف الرضائي ، بل الفارق أعمق حيث نجده الى جانب ذلك يتصل بهيكل التصرف ذاته (3) ، فبالنسبة للتصرف الرضائي يكفي لصحته

---

1) ـ روكسال ، المرجع السابق ، ص 22

2) ـ السنهوري، مصادر الالتزام ، جزء ا ، ط، 1973، ص 166 هامش .

3) ـ كيربيرو ، المرجع السابق ص490

وجود الرضا فقط بينما يشترط في التصرف الشكلي بالاضافة الى الرضا مراعاة الشكل الخاص المقرر لصحة التصرف ، فهناك اذن تأثير متبادل بينهما .

1 — تأثير الرضا في الشكل :

التصرف الشكلي هو الذي اشترط المشرع شكلا الزاميا معينا لصحته ، الا أن هذا لا يعني أن الشكل وحده كاف لانشاء مثل هذه التصرفات بغض النظر عن وجود الرضا أو اختلاله بل لابد أن يتوافر الرضا الركن الاصلي في التصرف القانوني و أكثر من ذلك يجب أن يكون هذا الرضا غير مشوب بعيوب الارادة ، اذ الشكل تقرر لابراز ارادة الطرفين في صورة معينة و هو يهدف الى حماية الرضا و ليس الى الغائه ، اذن هناك تلازم بين الرضا و الشكل و تأثير متبادل بينهما ، فدور الارادة هو تحديد الاثار الموضوعية للتصرف بينما يتولى الشكل ابراز هذه الوقائع بصورة معينة ، فالشكل ليس هو العنصر الوحيد في التصرف الشكلي كما كان الوضع في الشرائع القديمة بل لابد من وجود الرضا ، اذ أن التصرف الشكلي يجوز الطعن فيه لعيوب الرضا و للصورية و هذا دليل على أن الرضا واجب توفره (1) و يستثنى من هذا التصرفات المجردة من سببها حيث لا يمار اهتمام لوجود الرضا بل يكفي الشكل وحده .

2 — تأثير الشكل في الرضا :

يعد الشكل ركنا رابعا في التصرف القانوني الشكلي ، و هذا ما يجعل له أهمية كبيرة و تأثير فعال ، و يظهر ذلك من حيث اثبات وجود الرضا ، فوجود الشكل قرينة على وجود الرضا لا سيما اذا كان الشكل رسميا حيث يصعب الادعاء بعدم وجود الرضا و لا يجوز ذلك الا عن طريق الطعن بالتزوير ، كما يظهر ذلك من حيث اثبات وجود عيوب في الرضا ، فلا يكفي الادعاء بأن الرضا مشوب بعيب من العيوب بل يجب اثبات ذلك (2) . و الاثبات في التصرف الشكلي يجب أن يكون في الاصل بالشكل المقرر لانشائه ، فاذا كان هذا الشكل يدل ظاهريا على صحة التصرف فانه يصعب اثبات عكسه و القول بان التصرف معيب و تزداد هذه الصعوبة اذا كان

---

1) — وليم سليمان قلاده ، التعبير عن الارادة في القانون المدني المصري ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه 1955 ، ص 68 .

2) — كوبيرو ، المرجع السابق ، ص 133 .

الشكل أعد بتدخل موظف عام، حيث لا يبقى أمام المدعي سوى طريق الطعن بالتزوير (راجع المادة 14 من قانون تنظيم التوثيق) (1) .

كما أن المادة 111 من القانون المدني تقضي بأنه عند تفسير العقد على القاضي أن يبحث للوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، فهذه المادة عامة تشمل التصرفات الرضائية والشكلية على حد سواء مما يمكن معه القول بأن التصرف الشكلي لا يكفي فيه الشكل وحده للقول بصحته بل لابد من وجود الارادة الحقيقية والسليمة لاطراف التصرف، فالشكل قرينة على وجود الرضا وسلامته لكن هذه القرينة قابلة لاثبات العكس(2) .

المطلب الثالث : <u>التوكيل والوعد والتعديل في التصرف الشكلي</u>

<u>أ — التوكيل في التصرف الشكلي</u>

التوكيل هو تصرف في أصله رضائي سواء كان توكيلا عاما أم خاصا ، الا أنه اذا ورد التوكيل على تصرف شكلي، أي كان بقصد اجراء تصرف شكلي، فيجب أن يتخذ نفس الشكل المقرر للتصرف الاصلي (3) . وقد نصت على هذا المادة 572 مدني حيث اشترطت للتوكيل في التصرف الشكلي نفس الشكل المقرر للتصرف الاصلي الا اذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك، وعلى هذا فان التوكيل الوارد على بيع العقار أو رهنه أو ابرام عقد الشركة يجب أن يتخذ الشكل الرسمي لكي يصح، لان بيع العقار ورهنه وانشاء عقد الشركة لابد أن تكون في شكل رسمي من أجل صحتها (المادة 10 من قانون التوثيق).

ويلاحظ أن الشكل المقصود هنا هو الشكل المقرر لصحة التصرف، أما اذا كان الشكل المقرر قصد به الاثبات أو أي غرض آخر فلا يشترط للتوكيل فيه شكلا معينا،

---

1) — المادة 14 من الامر رقم 70/91 لسنة 1970 المتضمن تنظيم التوثيق، "يعتبر ماورد في العقود الموثقة حجة حتى يثبت تزويرها " .

2) — وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الالتزامات، جزء 1، مصادر الالتزام، 1980 — 1981 ص83 .

3) — السنهوري، الوسيط، جزء 1، 1973، ص 165 هامش .

لا ن الشكل المقرر لا ينصب على صحة التصرف ، فيظل ا لتصرف رضائيا و بالتالى يجوز التوكيل فيه بكافة الطرق . كما يلاحظ أن القاعده التى تقضى بأن أعمال الوكيل الذى يجهل انتهاء الوكاله تبقى صحيحة لا تنطبق اذا كان التصرف شكليا ، لا ن الوكاله هنا باطله من البدايه فلا يمكن أن تحل محلها حسن نيه الغير المتعامل مع الوكيل الذى انتهت وكالته (1) .

ب — الوعد بالتعاقد فى التصرف الشكلى

تنص ا لماده 71 فقره 2 على مايلى : " اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يطبق ايضا على الا تفاق المتضمن الوعد بالتعاقد " . فالوعد الذى يرد اذن على تصرف شكلي يجب أن يفرغ فى نفس الشكل المقرر للتصرف الاصلى ، و بهذا يجب ان يكون مثلا الوعد بابرام رهن رسمي فى شكل رسمي و الا كان باطلا ، و الوعد المتضمن ايراد مرتب مدى الحياه ، يجب أن يكون مكتوبا و الا كان باطلا . فأذا لم يراع فى الوعد الشكل المقرر للتصرف ا لنهائى كان باطلا كما رأينا ولا يجوز اجبار الواعد على تنفيذ وعده ، و ابرام العقد النهائى ، لان الوعد باطل من أساسه و لا يجوز ايضا استصدار حكم على الواعد يقوم مقام التصرف المراد ابرامه ، لانه لو جاز ذلك لأمكن التحايل على نصوص القانون و التوصل الى ابرام تصرف شكلى دون مراعاة الشكل المقرر (2) ، فتنتفي حكمة المشرع من اشتراط هذا الشكل . الا أن هذا ليس معناه انتفاء اى أثر للوعد بل

---

1) — دانيال الكسندر ، جيريس كلاسور ، مدنى ، 1974 ، المواد 1984 1990 ، رقم 56 لفظ وكالة .

ALEXANDRE(Daniel)J.C.civil FASC .II. 19 74 ART 1984 .1990 MANDAT.

2) — السنهورى عبد الرزاق ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، مصادر الالتزام 1973 ط . ثانيه ، ص 270 و 271. سوار، شرح القانون المدنى ، النظرية العامه للا لتزام ، مصادر الالتزام ا ، 1981 ، ص 85

يمكن أن يتحول الى عقد غير مسمى و ذلك على أساس مبدأ سلطان الارادة فيرتب آثارا قانونية شخصية بين المتعاقدين و لما كان التنفيذ العينى غير جائز فى هذه الحالة لكون الوعد باطلا فلا يبقى الا الحكم بالتعويض، و يرى الاستاذ سليمان مرقس (1) أن الشكل ليس ركنا فى الوعد بل قصد به عدم امكانية استصدار حكم بصحة التعاقد و قيامه مقام العقد النهائى، أما الوعد فهو صحيح و ان كان تنفيذه عينا مستحيلا فلا يبقى سوى طريق التعويض، و قد قضى المجلس الاعلى (2) فى 25 /01/ 1978 فى هذا الاتجاه فى قضية تتعلق بوعد ببيع محل تجارى، فرغم أن القانون يتطلب الشكل الرسمى للعقد النهائى الا أن الوعد بالبيع الذى تم فى شكل عرفى هو عقد غير مسمى تم بايجاب و قبول وفقا لمبدأ سلطان الارادة و يرتب التزاما شخصيا فى ذمة الواعد يجازى عنه بالتعويض (نقض مدنى فى 25 /01/ 1978).

جـ — تعديل التصرف الشكلى :

يتعين هنا التمييز بين التعديل الاساسى الذى يؤثر فى مضمون التصرف و التعديل الوارد على مسائل تفصيلية، ففى الحالة الاولى يجب أن يراعى الشكل المقرر لصحة التصرف عند تعديل العقد، أما بالنسبة للمسائل التفصيلية أو التكميلية فلا يشترط هذا الشكل، فمثلا الاتفاق الوارد على تعديل الثمن بالانقاص أو الزيادة فى عقد بيع شكلى، بيع محل تجارى مثلا تمت كتابته، يعد تعديلا أساسيا لانه يمس محل التصرف و هو الثمن، أما الاتفاق المتعلق بتغيير مكان تسليم الثمن أو تاريخه فلا يعد تعديلا أساسيا

---

1) — سليمان مرقس، شرح القانون المدنى، جزء 11 فى الالتزامات 1964، ص 86.

2) — مجلة الشرطة، الشكلية و أثرها على التعاقد فى القانون المدنى الجزائرى و التطبيق القضائى لهما، عدد 18 جويلية 1982، ص 24.

الشكل المطلوب لصحه التصرف الاصلى (1) ولم يتعرض الفقهاء الى معيار تمييز ما يعتبر تعديلا أساسيا وما يعتبر تعديلا تفصيليا أو تكميليا ويمكن القول ، بان التعديل الذى يمس محل التصرف ويعدل فيه كالزياده والانقاص في المثال المتقدم ، يعد تعديلا أساسيا بينما اذا ورد التعديل على كيفيه تنفيذ الالتزام كتغيير مكان التنفيذ أو زمانه فيعتبر تعديلا تكميليا لا يتطلب الشكل المقرر للتصرف الاصلى وما يقال عن التعديل يقال أيضا بالنسبه للشرط الجزائي ، فالشرط له صفه التبعيه فاذا كان التصرف شكليا وجب أن يتخذ الشرط الجزائي نفس الشكل (2) .

---

1) — السنهوري ، الوسيط الجزء ا ، المرجع السابق ، ص 36 هامش .

2) — شابا (فرانسوا) جريس كلاسور ، مدني 1976 المواد 1146 الى 1155 رقم 34 .

CHABAS (François) J.C civil, Fasc , X ,1976 Art 1146 - 1155

المبحـث الثانـي :

التصـرف الشكلـي بالمعنى الواسـع

ان ما يميزهذه الشكليات هي أنها ليست ركنا في التصرف القانوني ، مما يجعل تخلفها لا يترتب عنه بطلان التصرف بل يؤدي الى عدم انتاج التصرف لكافة آثاره أو الى صعوبة اثباته حسب الهدف المقصود بالشكل. ويمكن أن نميز بين نوعين من هذه الشكليات بالنظر الى اتصالها بالتعبير عن الارادة ،
فهناك نوع يتصل بالتعبير عن الارادة ويشمل شكلية الاثبات و شكليه الشهر ،
فشكليه الاثبات تؤثر في التصرف القانوني في كونه نشأ مستقلا عن هذه الشكليه أي بمجرد تطابق الارادتين ، الا ان اثباته لا يجوز الا بالشكل المقرر قانونا ،
و شكلية الشهر تؤثر في التصرف القانوني الرضائي ، نظرا لكونها تجعله غير نافذ تجاه الغير الا اذا أشهر ، أما النوع الثاني من الشكليات فهو لا يتصل بالتعبير عن الارادة بل ينظم جوانب اخرى من التصرف القانوني منها ما يتصل بأهلية أطراف التصرف كشكليه التأهيل أو بموضوع التصرف كالشكليات الاداريه التي تخضع لها بعض المعاملات ذات الاهميه الاقتصاديه الكبيرة والتي رأى المشرع فرض بعض الاشكال الاداريه عليها كالحصول على ترخيص سابق قبل اجرائها أو التصريح بها عند اتيانها وذلك بغرض الرقابه عليها والتحكم فيها ، وأخيرا هناك شكليه اجراءات التقاضي التي تنظم سير مرفق القضاء . وسنتعرض في هذا المبحث الى دراسة وجيزة لهذا النوع من الشكليات قصد مقارنتها بشكليه الصحه و ابراز عناصر الاختلاف بينهما وذلك على النحو التالي : نبحث في مطلب أول الشكليه التي تتصل بالتعبير عن الارادة وهي شكلية الاثبات والشهر وفي المطلب الثاني نتعرض الى الشكليات التي لا تتصل بالتعبير عن الاراده وهي شكليه التأهيل و الاشكال الاداريه و شكليه الاجراءات المدنيه .

المطلب الاول

الشكليه التي تتصل بالتعبير عن الاراده

1 — شكليه الاثبات : (Formalisme à fin de preuve):

الاثبات قانونا هو اقامه الدليل أمام القضاء على وجود واقعه معينة بوسائل مادية و معنوية محددة في القانون . و يعد اثبات الوقائع للفصل فيها هو المهمة الاساسية للقانون ، اذ يكاد القانون يرتكز بكامله على الاثبات ، فالمحاكم و السلطات المكلفة بتطبيق القانون من غير الممكن أن تقوم بتطبيق القانون بطريقة عادية و سليمة و فعالة الا عن طريق الفصل في المسائل المتعلقة بالاثبات (1) .

تقسم وسائل الاثبات الى فئتين : طرق الاثبات المطلقة و هي تلك التي يجوز اثبات كافة الوقائع بها ، و هي تعد دليلا كافيا فيما تثبته ، و تشمل الكتابة و الاقرار و اليمين الحاسمة ، و الطائفة الثانية تشمل طرق الاثبات المقيدة و هي تلك التي قيد استعمالها في مسائل معينة و تشمل البينة و القرائن و اليمين المتممة ، و تختلف حرية الاثبات في مجال المعاملات تجارية عنه في المعاملات المدنية ، ففي نطاق المعاملات التجارية يجوز الاثبات بكافة الوسائل (المادة 30 من القانون التجاري) واستثناء يقيد الاثبات باستعمال محرر مكتوب رسمي أو عرفي (المعاملات الواردة على المحل التجاري وعقد الشركة و الاوراق التجارية).أما في نطاق القانون المدني فالاثبات مقيد و يستخلص هذا من المادة 333 من القانون المدني حيث لا تجيز هذه المادة الاثبات الا بالكتابة في التصرفات التي تزيد قيمتها على ألف دينار جزائري و كذلك المادة 334 مدني التي لا تجيز الاثبات بالبينة ما يخالف دليلا كتابيا حتى و لو كانت قيمة النزاع تقل عن ألف دينار الى جانب بعض النصوص الاخرى التي تستلزم اثبات بعض التصرفات بالكتابة بغض النظر عن قيمتها مثل اختيار الموطن (المادة 39 مدني) و الكفالة المادة 645م)

---

1) — ريني سافاتيي ، التحولات الاقتصادية و الاجتماعية للقانون الخاص الحالي ، 1959 ، ص 53 .

Savatier (René) = Les transformations économiques et sociales du droit privé contemporain, 1959.

و هنا يأتي دور الشكلية في الاثبات ، حيث لا يجوز الاثبات الا بالشكل الذي فرضه القانون ، و الشكل الذي فرضه القانون هو الشكل الكتابي الرسمي أو العرفي . و قبل أن نتعرض الى التمييز بين شكلية الصحة و شكلية الاثبات سنلقي نظرة مقتضبة عن الاصل التاريخي لشكلية الاثبات في القانون الفرنسي

يرجع الاصل التاريخي للاثبات بالكتابة في القانون الفرنسي الى ما جاء في المادة 54 من أمر دي مولان (ORDONNANCE DE MOULINS) لسنة 1664 حيث ورد في المادة المذكورة مايلي : "يثبت بمحرر عرفي أو رسمي كل شيء تزيد قيمته على مائة فرانك " و يعود سبب اصدار هذه المادة الى رغبة المشرع الفرنسي آنذاك في التقليل من المنازعات التي كانت ترفع أمام المحاكم و تسبب لهما مشاكل و متاعب نتيجة التجريح في الشهود ، حيث كان المتقاضون يكثرون من رفع الدعاوى أمام المحاكم بسبب وجود وسائل اثبات رهن أيديهم تتمثل في الشهود الذين يقبلون الرشوة و يغترون بالعروض المقدمة لهم مما جعل البعض منهم يتخذ الاشهاد حرفة للارتزاق ، فكان الهدف من وضع هذا النص هو الحد من استعمال وسيلة اثبات تخالف الاخلاق(1).

و قد أخذ بمبدأ تقييد حرية الاثبات القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 ، كما أخذت به القوانين الاخرى منها القانون المدني الجزائري في المادة 333 و هذا نظرا للمزايا التي يقدمها الدليل الكتابي ، حيث يحقق السرعة و السهولة في الاثبات ، و الفصل في المنازعات سواء كان ذلك بالنسبة للقضاء أو المتقاضين ، لاسيما و أن اعداد دليل كتابي أصبح أمرا سهلا و في متناول الاشخاص بعد انتشار التعليم و الثقافة الى جانب أن الدليل الكتابي يعد ضمانا قويا للاثبات ، يقول : مونتسكيو (MONTESQUIEU) : "ان الكتابة شاهد يصعب ارشاؤه " (2) .

التمييز بين شكلية الاثبات و شكلية الصحة :

ان التقارب الموجود بين الشكلية المقررة للاثبات و الشكلية المعدة لصحة التصرف ، يجعل مسألة التمييز بينهما أمرا دقيقا و محل خلاف ، فبعض الفقهاء يرى أنه لا توجد فروق بين الشكل المقرر للاثبات و الشكل المقرر لصحة التصرف ، وبالاخص من الناحية العملية

---

1) — وليم سليمان قلادة ، المرجع السابق ، ص 65 .

2) — مونتسكيو ، روح القوانين ، ذكره ميبكلو ، المرجع السابق ص 28 .

حيث من الممكن التمييز بين كلا النوعين من الناحية النظرية بالقول أن عدم مراعاة الشكل يؤدي الى عدم وجود التصرف بينما يقتصر الاثر على عدم القدرة على اثباته فقط اذا كان الشكل مقررا للاثبات،اذ التصرف موجود لكن اثباته غير جائز الا بالكتابة كقاعدة عامة ، يقول في هذا الشأن فلور (FROUR)[1] بأنه اذا تم تنفيذ العقد فورا فان الكتابة تصبح شرطا ضروريا للتعبير عن الارادة ،و ما التفرقة الموجودة بين شكلية الصحة و شكلية الاثبات الا تفرقة مصطنعة ،لانه لا يمكن اثبات وجود التصرف الا بالكتابة ، فهو الشرط الاول لنفاذ و فاعلية التصرف ،و يكون التقارب بين القاعدتين ليس على المستوى العملي فقط بل ايضا على سبب وجودهما ، فالكتابة للاثبات تلفت نظر الاطراف الى خطورة التصرف و تساهم في تحديد أثاره و نطاقه . الا أن غالبية الفقه ترى خلاف ذلك (2) ، فهي تميز بين الشكل المقرر لاثبات التصرف و الشكل المقرر لصحته ،و من هذا الاتجاه الاستاذ فيالار (VIALLARD) (3) ، حيث يرى أن هناك فرقا واضحا بين وجود التصرف و عدم امكانية اثباته ، فعدم صحة التصرف ، يستتبع عدم وجود أي أثر قانوني له و لا يجوز لاي شخص الادعاء بوجوده أو التمسك به ، أما عدم القدرة على اثبات وجود التصرف فان كانت بالفعل تجعل المدعي في وضع عسير لاثبات التصرف نظرا لعدم تهيئة السند الذي اشترطه المشرع ، الا أن هذا لا يعني استحالة اثبات وجود التصرف فاذا كان المشرع قد منع اثباته بغير الكتابة الا أن المنع من المدعي أن ينصب على وسائل الاثبات الادنى من الكتابة كالبينة و القرائن و لا يشمل الوسائل الاقوى من الكتابة كالاقرار و اليمين الحاسمة بل و في حالات معينة يستطيع أن يثبت بكافة الوسائل و ذلك اذا وجد لديه مانع أدبي أو مادي في الاثبات بالكتابة(المادتان 335 و 336 مدني) و أخيرا اذا كان الاثبات لا يجوز الا بالكتابة ، فان هذا يقتصر على أطراف الالتزام ، أما الغير فله أن يثبت وجود التصرف بكافة وسائل الاثبات عكس ما اذا كان الشكل مفروض لصحة التصرف و لم يراع فليس لاحد التمسك بوجوده سواء كان طرفا فيه أم من الغير، و يبدو أن الاتجاه الثاني هو السليم فاشتراط شكل معين للاثبات يختلف عن الشكل المشترط لصحة التصرف لان عدم وجود التصرف لا يساوي صعوبة

---

1) ـ فلور المرجع السابق ، ص 98 ـ 99

2) ـ سوار ، المرجع السابق ، ص 206 ـ 207 ،سليمان مرقس ، المرجع السابق ص 32 ، مازو ، جزء II ، المرجع السابق ص 60 .

3) ـ فيالار VIALLARD ، تكوين العقد ، ديوان المطبوعات الجامعية 1981 ص 20

اثباتـه أبـدا مهما كانت هذه الصعوبات، الى جانب أن المشرع أوجد استثناءات بالنسبـة للاثبات بالكتابة فى حالة تعذر الحصول على مستند مكتوب ، بالاضافة الى أن الاحتكام الى ضمير الخصم عن طريق الاقرار أو اليمين الحاسمة أمرا مستساغا . أما اذا كان الشكل مقررا لصحة التصرف فهـو فى حكم العدم و لا يجـدى اعتراف الخصم بوجوده و لا يجوز لاى كان التمسك به .

2 — شكليـة الشهـر :

لا شك فى مصلحة الشخص بأن يعرف أهليـة من يتعامل معهـم و يعلم بوضعيـة الاموال محل التعامل (1) . و قد نظم القانـون لتحقيق هذه الغاية طريقة الشهر ، و هـى عبـارة عـن اعلام الغيـر بواقعـة أو تصرف معيـن حتى يكـون على بينـة من الامر .

ان الشهر شكليـة مخففة و غير مباشرة ، اذ يقتصر أثرها عادة على نفاذ التصرف فـى مواجهة الغير ، فهو لا يمس صحة التصرف ، و يعـد هذا النوع من الشكليـة حديث النشأة بالمقارنـة مع شكلية الصحـة و الاثبـات ، اذ لم يظهـر بصورتـه الحاليـة الا فى القوانيـن المعاصرة (2) ، و لو أنه وجـد لدى الجماعات القديمـة نـوع من الشهر يتمثـل فى احتفالات و مراسـم تخـص بعض التصرفات الهامـة لـدى الجماعـة مثل الزواج و المعاملات الواردة على العقارات . و فى القوانين المعاصـرة يتـم الشهر بطرق عديـدة تكـون عادة فى صورة تسجيـل أو قيـد التصرف فى سجيلات معينـة ، كما يتـم عن طريـق النشـر فى الجرائـد و الصحـف و كذلك بواسطـة الايـداع فى بعض المسائل لاسيمـا تلـك المتعلقـة بالملكيـة الصناعيـة و التجاريـة و الادبيـة و الفنيـة .

و اذا كـان الشهـر قـد تقرر أصـلا لحمايـة الغيـر الا أنه حتـى أطراف التصرف يستفـدون منـه ، اذ تصبـح تصرفاتهـم كاملـة الاثـار سواء بالنسبـة لهـم أو بالنسبـة للغيـر . و أهـم الصـور التى يتـم بهـا الشهـر هى القيـد فـى سجـل الحالـة المدنيـة و القيـد و التسجيل فـى سجـل الشهر العقـارى و الايـداع .

---

1) — مازو ، دروس فـى القانـون المدنـى ، الشهر ، جزء III ، ص 595 . روكسـال ، المرجع السابق ص 25 .

2) — بيتـاى ، المقال السابـق ، ص 81 و 82 .

أ ـ الشهر عن طريق سجل الحالة المدنية

تنص المادة 3 من الامر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية على مايلي " يكلف ضابط الحالة المدنية بمايلي ".

1 ـ مشاهدة الولادات و تحرير العقود بها .

2 ـ تحرير عقود الزواج .

3 ـ مسك سجلات الحالة المدنية أي :

ـ تقييد كل العقود التي يتلقاها

ـ تسجيل بعض العقود التي يتلقاها الموظفون العموميون الاخرون .

ـ تسجيل منطوق بعض الاحكام .

وضع البيانات التي يجب حسب القانون تسجيلها في بعض الاحوال على هامش عقود الحالة المدنية التي سبق قيدها أو تسجيلها ".

فالبيانات التي يتم قيدها في هذا السجل تسمح بمعرفة حالة الشخص الطبيعي و التغيرات التي تطرأ عليها منذ الميلاد الى حين الوفاة،كالزواج و الحجر و تغيير الاسم الخ ... كما يسمح هذا السجل بمعرفة أهلية الشخص كي لا يفاجأ المتعامل مع شخص معين بأن هذا الشخص لم تكن له الاهلية الكاملة عندما تعاقد معه كأن يكون قاصرا أو محجورا عليه ، فمن طريق سجل الحالة المدنية يمكن التعرف على حالة الشخص و أهليته .

ب ـ الشهر العقاري

يعتبر الحق العيني نافذا في مواجهة الكافة ، فمن حق هؤلاء اذن أن يعلموا بالوضعية القانونية لهذا النوع من الحقوق ، و اذا كانت الحيازة دليلا على الملكية في المنقول فالوضع يختلف عنه في العقارات اذ يتم اعلام الغير بانتقال هذه الاموال و التغيرات التي تطرأ عليها عن طريق الشهر في السجل العقاري ، فمن طريق سجل الشهر العقاري يتم اعلام الغير و اطلاعه على الوضعية القانونية لعقار معين وما هي الحقوق و الالتزامات الملتصقة به ، فالشخص الذي يشتري عقارا يهمه ان يعرف ما هي الحقوق الملتصقة بهذا العقار،كأن يكون مرهونا أو عليه حق ارتفاق أو مثقلا بحق امتياز أو اختصاص، و هذا ما يجعله يأخذ في اعتباره هذه الامور عند

اقدامه على شراء العقار ، ونفس الشيء يقال بالنسبة للمرتهن والمستأجر الخ ...
ويتم الشهر العقاري اما عن طريق تسجيل التصرف أي تحرير مضمون التصرف كله في السجل الخاص بذلك وهو يتعلق بالحقوق العينية العقارية الكاملة كانتقال الملكية عن طريق البيع أو الهبة أو الوصية الخ ... وقد يتم الشهر عن طريق القيد ، الذي يتمثل في ذكر بعض البيانات الهامة كنوع التصرف (رهن ، حق تخصيص، حق امتياز الخ ...) وذكر مبلغ الدين واسماء الدائنين والمدينين الخ .. وهو يخص الحقوق العينية العقارية الناقصة كالرهن وحق التخصيص وحقوق الامتياز . ويوجد نظامان للشهر العقاري : النظام الشخصي وهو يتم عن طريق قيد أسماء الاشخاص المالكين ونظام الشهر العيني ويتم عن طريق قيد أسماء العقارات ، وهو نظام حديث وقد أخذ به المشرع الجزائري ونظمه بالامر رقم 74/75 المؤرخ في 22 نوفمبر 1975 . وقد نص هذا القانون على اجراء مسح عام للاراضي وتحديدها بصفة دقيقة على مستوى كل بلدية في كامل التراب الوطني وهذا بقصد اعداد مخطط منظم للاراضي كل بلدية . ويعتبر هذا المخطط صورة بيانية لاقليم البلدية وهو ينقسم الى أقسام والى قطع أراض ، وتعد قطع الاراضي هذه وحدات عقارية قانونية تكون محل اشهار (1) . ويترتب على عدم استيفاء اجراءات الشهر في هذا السجل نتائج خطيرة حيث لا يقتصر أثرها أحيانا على عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير فقط بل يؤدى الى عدم انتقال الحق ذاته بين طرفي التصرف كما هو الحال بالنسبة لبيع العقار أو التنازل عنه بصفة عامة حيث لا تنتقل الملكية بين الطرفين الا اذا اشهر التصرف .

ج — الشهر عن طريق القيد في السجل التجاري وسجل المحكمة

وهو قيد يخص بعض التصرفات أو الاشخاص مثل القيد في السجل التجاري الذي يخضع له التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا (المواد 19 — 20 — 21 تجاري) وذلك من أجل اكتساب صفة التاجر ويترتب على عدم القيد في هذا السجل عدم اكتساب صفة التاجر وعدم اكتساب الشخصية المعنوية بالنسبة للاشخاص المعنوية . كما تخضع بعض التصرفات الى القيد في سجل المحكمة مثل الرهن الوارد على المحل التجاري .

1) — الاخضر العقون ، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، بحث قدم في الملتقى الجهوي للقضاة ، 1981 ، ص 22 و 23 .

د — القيد فى سجل السفن

وهو سجل يشبه السجل العقارى العيني حيث تسجل فيه السفن والمواصفات المتعلقة بها من اسم ومكان الربط وسعتها و مالكها الخ . . .
ويعد هذا السجل بمثابة سند ملكية(1) . ويؤدى تسجيل السفن دورا هاما فى حياة الدولة المعاصرة فبفضله تستطيع الدولة أن تحدد على وجه اليقين امكانيات اسطولها البحرى ومدى امكانيات تطويره لسد احتياجاتها من الاستيراد والتصدير (2).

هـ — الشهر عن طريق النشر

يتم الشهر فى هذا المجال بواسطة اعلام الغير بوقوع التصرف عن طريق نشره ويكون النشر عادة فى الصحف الخاصة لهذا النوع من الاعلانات كصحيفة الاعلانات القانونية والجرائد اليومية . ومثال ذلك المادة 83 تجارى التى تقضى بوجوب نشر ملخص عقد بيع المحل التجارى فى صحيفة الاعلانات القانونية فى مدة خمسة عشرة يوما التالية لتاريخ البيع ، وكذلك المادة 203 الفقرة **الثانية** التى تقضى بنشر العقد المتضمن تأجير تسيير المحل التجارى فى خلال خمسة عشر يوما من تاريخ ابرام العقد والمادة 548 تجارى التى تنص على وجوب نشر العقود التأسيسية والمعدلة للشركات .
ويترتب على عدم القيام بهذا النوع من الشهر بطلان التصرف **أحيانا (3) أو عدم** نفاذه فى مواجهة الغير.

و — الشهر عن طريق الايداع

وقد نص عليه الامر رقم 66 / 57 مورخ فى 19 مارس 1966 يتضمن حقوق الملكية الصناعية والتجارية فى المادة 13 منه .
ان الشهر تقرر فى الاصل بالنسبة للاموال العقارية لاعلام الغير بحركات هذه الاموال وانتقالها ، أما المنقولات فان تسليمها يعد بمثابة شهر لها ، فتلعب الحيازة فى المنقول دور الشهر بالنسبة للغير الا أن هذه الطريقة لا تشمل

---

1) — بيداى بالمرجع السابق ص 83 .
2) — د هشام فرعون ، القانون البحرى ، دمشق 1975 — 1976 ص 25
3) — راجع المادة 548 من القانون التجارى .

كافة الاموال المنقولة ، فالمنقولات المعنوية لا تقبل الحيازة بطبيعتها و هذا ما دفع المشرع الى تنظيم عملية الايداع من أجل حماية الحقوق المتعلقة بالاموال المنقولة المعنوية في مجال الملكية الصناعية و التجارية و الفنية .

ان الايداع (DEPOT) لا يعتبر من شكليات الشهر الكاملة بل هو عبارة عن اجراء أمن وقائي يسمح بمتابعة المزورين (1) ،كما يسمح في المجال المدني بتحديد أولوية الحق في الاختراع أو صاحب حق التأليف ، اذ بواسطة الايداع يتم الفصل في هذه المسائل المتعلقة بالمنازعات حول الاولوية في الاختراع ، فالذي سبق في ايداع براءة الاختراع يكتسب حق الاختراع أو التأليف و لو كان قد سبقه غيره الى ذلك لكنه لم يقم بعملية الايداع .

المطلب الثاني :

الشكل الذي لا يتصل بالتعبير عن الارادة

1 — الشكل الاداري (FORMALITES ADMINISTRATIVES)

تحتاج بعض التصرفات نظرا لاهميتها الاقتصادية و الاجتماعية الى اتباع اجراء معين في شكل ترخيص تمنحه الادارة من أجل اجرائها ، مثال ذلك المرسوم رقم 64 / 15 المورخ في 20 جانفي 1964 المتعلق بحرية المعاملات الذي ينص على وجوب الحصول على ترخيص اداري بالنسبة للتصرفات الواردة على العقارات و المحلات التجارية اذا كانت قيمتها تتجاوز مائة ألف ف.جديد بالنسبة للعقارات و مائتي ألف ف.جديد بالنسبة للمحلات التجارية . و قد يكون هذا الشكل في صورة تصريح يقدمه الشخص المعني ، مثل النصوص الواردة في قانون العمل للقطاع

---

1) — بيتاي ، المقال السابق ص 83 .

تنص المادة 13 من الامر رقم 66 / 57 المؤرخ في 19 مارس 1966 المتعلق بعلامات المصنع و العلامات التجارية على مايلي : "يجب على كل من اراد ايداع علامة ان يسلم او يوجه الى المصالح المختصة بواسطة رسالة مضمونة مع طلب اشعار بالتسليم" .

الخاص لسنة 1975 ، الذى يلزم صاحب العمل الذى يستخدم عمالا أجانب بتقديم تصريح الى مفتشية العمل و الشؤون الاجتماعية . و تعتبر هذه الاشكال الادارية قيودا ترد على الارادة و تحد من سلطانها فى اجراء تصرفات قانونية معينة ، الا أنه فى الواقع فان هذه القيود لا تنظم طريقة التعبير عن الارادة بل تقيد الارادة من الجانب الموضوعي و ليس الشكلي، و يترتب على ذلك أن التصرف يظل رضائيا و لا ينقلب الى تصرف شكلي ، الا اذا اشترط المشرع شكلا خاصا به الى جانب الترخيص أو التصريح الادارى (1) مثال ذلك بيع العقارات قبل صدور قانون التوثيق لسنة 1970 فقد كان العقد رضائيا رغم وجود الترخيص الادارى المشار اليه سابقا ، و بعد صدور القانون المذكور ، أصبح البيع عقدا شكليا طبقا للمادة العاشرة من قانون التوثيق التى تشترط الرسمية بالنسبة لهذا النوع من المعاملات ، و ليس على أساس المادة الثانية من مرسوم 1964 المشار اليه سابقا . و يمكن القول أن المشرع يعترف بمبدأ سلطان الارادة و يسمح للافراد باجراء التصرفات التى يرغبون فيها من جهة و يمنعهم من اتيان التصرفات التى تخالف النظام العام و الاداب من جهة أخرى ، الا أنه فيما بين مجال حرية التصرف و المنع هناك نوعا وسطا بينهما هو حرية التصرف المراقبة و هى تخص التصرفات التى تستلزم اجراءات ادارية معينة فى صورة تراخيص و تصريحات أو موافقة جهة ادارية معينة و هى لا تنظم طريقة التعبير عن الارادة ، بل تقيد الارادة من حيث الموضوع ، فهي شروط موضوعية تحد من مبدأ سلطان الارادة . و حرية التعامل و ليس من مبدأ الرضائية (2): كما يلاحظ أن هذه الاشكال الادارية ، أيا كان نوعها تعد بذاتها تصرفات قانونية منفصلة عن التصرف الذى ترتبط به ، و يكمن دورها فى تحقيق نفاذ التصرف أو فعاليته ". كما أن الجزاء المترتب على عدم مراعاتها يختلف من حالة لاخرى فقد يترتب على عدم مراعاتها بطلان التصرف ، كما هو الحال بالنسبة لبيع العقار دون الحصول على الترخيص الادارى اللازم ، و قد حكم المجلس الاعلى فى قرار له بتاريخ 31 / 02 / 1982 فى هذا الاتجاه،

---

1) — كيريبرو ، المرجع السابق ، ص 61 — 62

2) — كيريبيرو ، المرجع السابق ، ص 62

وحكم ببطلان عقد بيع قطعة أرض زراعية تم بدون الحصول على الترخيص الادارى المسبق الذى نص عليه مرسوم 20 جانفى 1964 وقال : "نظرا لعدم احترام مرسوم 20 جانفى 1964 الذى يفرض فى بيع الاراضى الفلاحية الرخصة من والى الولاية . هذا الاجراء من النظام العام وعدم احترامه يجعل البيع باطلا " (1) .
أما محكمة النقض الفرنسية فقد حكمت بصحة بيع عقار دون الحصول على الترخيص الادارى الذى اشترطه قانون 16 نوفمبر 1940 فى التنازلات المتعلقة بالعقارات ، فقضت بصحة عقد بيع تم دون الحصول على الترخيص الادارى الذى اشترطه هذا القانون وقالت : بأن البيع صحيح ومنتج لكافة آثاره ماعدا انتقال الملكية الذى يتوقف على الحصول على الترخيص الادارى (2) . وقد يكون الجزاء على مخالفة الشكل الادارى هو عقوبة توقع على المخالف كما هو الشأن بالنسبة للعامل الاجنبى الذى يبرم عقد عمل فى الجزائر ولا يصرح بذلك الى مفتشية العمل للجهة المعنيـة .

2 — شكلية التأهيل (FORMALITES HABILITANTES)

تتعلق هذه الشكلية بالاهلية ، فالقاصر والمعتوه والمحجور عليه ، هؤلاء لا يجوز لهم انشاء التصرفات القانونية أو بعضها الا بالحصول على اذن من أشخاص معينين (الولي ، الوصى ، القيم والقاضى) فاذا أتوا تصرفا دون مراعاة الشكل المتعلق بالاذن ترتب على ذلك بطلان التصرف بطلانا نسبيا أى يصبح قابلا للابطال لصالح ناقص الاهلية (3) ، والشكل هنا لا يتعلق بالتعبير عن الارادة بل يتصل بتأهيل ناقص الاهلية والاعتراف له باجراء التصرف ، فهو لا يجعل من التصرف تصرفا شكليا بالمعنى الحقيقى . ويؤكد القضاء هذا التحليل

---

1) — نشرة القضاة ، العدد الخاص لسنة 1982 ، ص 129 — 130 و 131 .

2) — نقض مدنى فرنسى فى 16 /01/1946 ، داللوز 1946 رقم 341 تعليق هيبرود HEBRAUD

أنظر أيضا مارتى وريلو (MARTY et RAYNAUD) ، القانون المدنى ، جزء II ، الكتاب الاول ، الالتزامات ، 1962 ، ص 46 .

3) — بوريس ستارك (B. STARCK) ، القانون المدنى ، الالتزامات ، 1972 ، ص 333 .

فى مجال تنازع القوانين ، حيث انه يقضى بأن الاشكال المتعلقة بمنح أهلية تخضع لقانون الشخص القاصر ، بينما نجد شكل التصرف يخضع ، طبقا لقواعد تنازع القوانين ، لقانون محل ابرام التصرف (1). الى جانب شكلية التأهيل هناك أشكال تتمثل فى اعطاء سلطة لاجراء تصرف معين ، فالاصل أن سلطة القيام بتصرف قانونى تعود لصاحب الحق فى اجرائه ، الا أنه استثناء قد يقوم به شخص آخر ، فالوصى لابد ان يحصل على ترخيص من المحكمة لبيع عقار القاصر ، وعدم مراعاة هذا الشرط يؤدى الى بطلان التصرف لكن ليس لعيب فى الشكل ، بل لعيب فى الموضوع وهو عدم الحصول على الترخيص ، فهذه الاشكـــال التى تتضمن منح سلطة اجراء التصرف لا تحد مـــن مبدأ الرضائية بل تنظم حالة بعض الاشخاص لاعطائهم أهلية التصرف لصالح أشخاص آخرين ، فهذه الشكليات اذن لا تجعل من التصرف تصرفا شكليا ، بل يظل التصرف رضائيا او شكليا حسب ما ينص عليه القانون ، وكل ما هنالك هو ان هذه الاشكال تقررت لحماية الاشخاص ناقصي الاهليه ، فهى تنظم التصرفات التى يجريها هؤلاء بأنفسهم أو بواسطة الممثل القانونى لهم ، فيشترط لقيام ناقص الاهلية بالتصرف تدخل شخص آخر لمساعدته على اجراء التصرف كأن يكون وليه أووصيه أوقيمه ، كما أن بعض التصرفات الخطيرة لا يقوم بها ناقص الاهلية بنفسه ، وأنما يقوم بها ممثله القانونى لكن بعد الحصول على اذن من المحكمة المختصة (2)، كقيام الوصى ببيع عقار القاصر أو تأجيره لا كثر من ثلاث سنوات ، أن الجزاء المترتب على عدم مراعاة شكليات التأهيل يؤدى الى جعل التصرف قابلا للابطال لصالح ناقص الاهلية دون الطرف الاخر للتصرف ، هذا ما يؤكد أن شكليات التأهيل (ترشيد ، اذن المحكمة) لا تتصل بشكل التصرف فى حد ذاته ، بل تتعلق بأطراف التصرف ، ولا يجوز أن يتمسك بها الا الطرف ناقص الاهلية دون الطرف الاخر ، ان مجال دراسة شكلية التأهيل يدخل فى موضوع دراسة حالة الشخص وأهليته ،

---

1) — كيير يـــيرو ، التصرف الشكلى ، المرجع السابق، ص 5.2 .

2) — راجع الماده 88 من القانون رقم 11/84 المؤرخ فى 09 جوان 1984 المتضمن قانون الاســـــــــــرة.

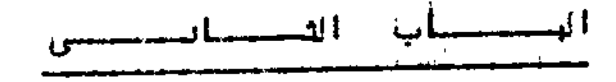
3 — شكلية اجراءات التقاضي

اذا كان مبدأ الرضائية هو السائد في مجال المعاملات المدنية والتجارية ففي مجال الاجراءات المدنية نجد أن مبدأ الشكلية هو الذي يطغى ، فاذا كانت الدعوى يجوز رفعها بأي شكل كان الا أن المتقاضيين ورجال القضاء ملتزمون باتباع عدد من الاجراءات الشكلية كتحرير المرائر واجراء التبليغات واحترام مواعيد رفع الطعون، وتتميز هذه الشكليات بالصرامة والشدة حيث مخالفتها لا تؤدي فقط الى بطلان التصرف كما هو الحال عادة بل الى ضياع الحق ذاته أحيانا ، فمثلا اذا رفع المتقاضي استئنافا بعد فوات الميعاد ، فلا يقتصر أثر عدم مراعاة الميعاد المحدد على بطلان الاستئناف فقط بل يؤدي الى سقوط حق المستأنف في رفع الاستئناف مرة ثانية ، واذا كانت شكليات الاجراءات المدنية تتسم بالشدة والصرامة وتسبب البطء والتكاليف الا أن الهدف الذي تحققه والمتمثل في حسن وتنظيم سير مرفق القضاء عن طريق تحديد طريقة سير الدعوى وعدم ترك ذلك لا هواء المتقاضين وتحكم القضاة (1) يفوق العراقيل والصعوبات التي تسببها . وبديهي أن شكلية اجراءات التقاضي لا تتصل بالتعبير عن الارادة بل هي اجراءات استلزمتها ضرورة حسن سير مرفق القضاء .

---

1) — صوليس وبيرو ، القانون القضائي الجزء ا ، ص22 الى 24 ، 1961 .

SOLUS (H) et PEROT (R) , DROIT JUDICIAIRE , TOME I , SIREY 1961 .



أنواع التصرف الشكلي وتطبيقاته

الفصل الاول

الشكل الرسمي

تعتبر الرسميه من أقوى التصرفات الشكليه ، و تظهر قوه السند الرسمي في صحته او حجيته في الاثبات او قوته في التنفيذ ، فمن حيث صحته ما ورد في السند الرسمي ، فهو يعتبر صحيحا تجاه الكافه ولا يجوز انكاره الا عن طريق الطعن بالتزوير ، وهو طريق استثنائي و صعب ، و من حيث قوتها في الاثبات فهي حجه على ما ورد فيها و كافيه بذاتها لاثبات الالتزام دون حاجه الى تدعيمها بمستند آخر ، و من حيث قوتها في التنفيذ فيستطيع حائز السند الرسمي التنفيذ به على مدينه دون أن يلجأ الى استصدار حكم قضائي . ولكي يكتسب السند الرسمي هذه المميزات يتطلب الوضع اخضاعه الى قواعد محدده و صارمه لضمان استجماعه لشروطه و نشوئه في صوره صحيحه ، لذلك فقد اسندت مهمة اعداده الى موظف عام مختص يراعي في اعداده القواعد القانونيه الخاصه به ، و هذا ما سنتعرض له في المبحث الاول من هذا الفصل تحت عنوان شروط صحه السند الرسمي ، ثم أن السبب في اشتراط الرسميه في تصرفات معينه يرجع الى أهميتها والدور الفعال الذي تؤديه في المجتمع و سنكشف الغرض من اشتراط الشكل الرسمي في هذه التصرفات من خلال دراستنا لتطبيقات التصرفات الرسميه في القانون الجزائري الذي نخصص له المبحث الثاني من هذا الفصل .

المطلـب الاول

تعريـف التصـرف الرسمـي :

عـرفت المـادة 324 من القانـون المدني الورقة الرسميـة كما يلـي : " الورقة الرسميـة هي التي يثبـت فيهـا موظـف عام أو شخـص مكلـف بخـدمة عامـة ما تم لديـه أو تلقـاه مـن ذوي الشأن ، وذلك طبقـا للأوضـاع القانونيـة في حـدود سلطتـه واختصاصه وهـو تعريـف أورده القانون المدني في الفصـل المتعلـق باثبـات الالتـزام ، الا أن مضـمون النـص لـم يحـدد ما اذا كان هـذا التعريف يقتصـر على الاوراق الرسميـة المعدة للاثبـات أم أنـه يشمـل الى جانـب ذلك الرسميـة المشترطـة لصحـة التصـرف ، ويبـدو أن الاجمـاع يكـاد ينعقـد علـى أن المفهـوم الثـاني هو المقصـود ، فمعظـم الفقهـاء يستنـدون الى النـص الذي ينظـم السنـد الرسمـي في دراستـهـم للرسميـة دون تمييز بيـن الرسميـة المقررة للاثبـات وتلـك المقـررة لصحـة التصـرف . واذا كانت الرسميـة تعنـي قيـام موظف عـام مختـص بتحريـر التصـرف بحيـث أن صفـة الموظـف العام هي التـي تضفي علـى التصـرف الصيغـة الرسميـة ، الا أنه يمكـن تمييـز معنييـن للرسمية ، معنـى واسـع ومعنـى ضـيق (1) .

1 — المعنـى الواسع : ويقصـد به كـل سنـد محـرر مـن طرف موظـف عـام مختـص بغـض النظـر عن نوعيـة المهـام التي يمارسهـا سواء كـانت مهمـة الموظف تقتصـر على تحريـر العقـود الخاصـة فقـط أم كانت تتعلـق بأعمـال آخـرى ، حيـث تشمـل السنـدات الرسميـة بهـذا المعنـى ، الى جانب عقـود الموثقيـن ، وثائـق الحالـة المدنيـة والاحكـام القضـائية والقرارات الاداريـة وغيـرها مـن الوثائـق الرسميـة (2).

---

1) — وحيـد الديـن سوار ، شرح القانـون المـدني ، مصادر الالتـزام ، جزء ا ، 1980 — 1981 ص 199 .

2) — عبد الرزاق السنهـوري ، اثبـات الالتزام ، جزء اا ، 1972 ص 199 .

2 — المعنى الضيق : وتعنى الرسمية فى معناها الضيق تحرير السند من طرف موظف عام معين مختص بتحرير العقود والتصرفات بصفة خاصة يسمى موثقا (1) (NOTAIRE) وتسمى التصرفات التى يتولى تحريرها بتصرفات موثقة (ACTES NOTARIES).

وقد نظم الامر رقم 91/70 المؤرخ فى 15 ديسمبر 1970 مهنة التوثيق وحدد هذا الامر أنواع التصرفات التى تخضع اجباريا، من أجل صحتها الى تحريرها لدى الموثق فى المادة 12 منه .

المطلب الثانى شروط صحة التصرف الرسمى

أ — وجوب تحريره من طرف موظف عام

لا بد لصحة التصرف الرسمى أن يشتمل على نوعين من الشروط، يتصل نوع منهما بموضوع التصرف وهى تختلف من تصرف لاخر، تتمثل فى بيانات معينة لا بد أن يشتمل عليها سند التصرف: ففى عقد الشركة لا بد من ذكر اسمها وموضوعها وعدد الشركاء وقيمة الحصص ونوعيتها الخ ... وفى بيع العقار لا بد من تحديده بذكر حدوده وأوصافه وأسماء المالكين الخ ... وستتعرض لدراسة هذا النوع من الشروط عند دراسة كل عقد على حدة . أما النوع الثانى من الشروط فهو يتعلق بشكل التصرف أى القواعد التى يجب مراعاتها فى تحرير التصرف الرسمى والاشخاص المؤهلين للقيام بذلك، وهو ما سنتطرق اليه فيما يلى :

<u>1 — صفة الموظف العام</u> : يجب أن يكون الموظف العام مختصا بكتابتها؛ أى له سلطة لتحريرها، فيجب أن تكون ولاية الموظف العام قائمة عند تحرير الورقة الرسمية والمقصود بالولاية هنا هو أن يكون فى حالة الممارسة القانونية لوظيفته أى الا يكون قد عزل أو أوقف عن عمله أو نقل منه أو حل موظف آخر محله أو أحيل على التقاعد، ففى هذه الاحوال لا يجوز له مباشرة عمله وبالتالى لا تصح الورقة الرسمية التى يقوم بتحريرها الا اذا كان الموظف والاطراف يجهلون هذه الاسباب وهنا تصح الورقة رعاية للوضع الظاهر المصحوب بحسن نية، وتصح أيضا اذا كان تعيين

---

1) — المادة 2 من قانون التوثيق تنص على مايلى : " يشكل الموثقون سلكا من الموظفين يكلفون بتلقى الوثائق والعقود التى يتعين على الاطراف أو يرغبون اعطاءها الصبغة الرسمية الخاصة بعقود السلطة العامة وتأكيد تاريخها أو حفظها أو تحرير نظير أو نسخة منها " .

الموظف باطلا لعيب فيه أو لصدوره عن سلطة غير شرعية استقر سلطانها كحكومة مؤقتة أو حكومة اجنبية وذلك تطبيقا لنظام الموظف الفعلي (1).

ويجب أن تكون للموظف أهلية تحرير الورقة ، والاصل أن الموظف العام أهلا لتوثيق كل الاوراق الرسمية ، الا أن أهليته قد تزول في حالات معينة حددها القانون ، كأن تكون للموظف مصلحة شخصية في التصرف أو تربطه بأطراف التصرف علاقة قرابة مباشرة أو مصاهرة (2) .

2 — الاختصاص الموضوعي : يجب أن يكون الموظف مختصا من حيث الموضوع أي نوع التصرف ، والاصل أن الموثق مختص بتحرير كافة التصرفات المدنية ، أما الموظفون العموميون الاخرون فلا يجوز لهم تحرير بعض العقود ، فلا يجوز للقاضي مثلا تحرير عقد بيع رسمي لان اختصاصه هو تحرير الاحكام وليس العقود المدنية .

3 — الاختصاص من حيث المكان : يباشر الموثق عمله في تحرير التصرفات الرسمية في دائرة اختصاصه (3) ، الا أن هذا القيد يقتصر على الموثق أما الاطراف فلهم أن يلجأوا الى أي موثق يرغبون في تحرير التصرف لديه بغض النظر عن محل اقامتهم .

ب — البيانات التي يتعين مراعاتها في تحرير السند الرسمي :

لقد اشترط القانون ضرورة وجود بعض البيانات في السند الرسمي من أجل صحته ، وهي تشمل نوعين من البيانات : بيانات عامة وبيانات خاصة .

1 — البيانات العامة : وهي بيانات يجب ان يتضمنها كل تصرف رسمي ومثالها اسم الموثق الذي قام بتحرير التصرف ولقبه وموطنه وأسماء وألقاب أطراف التصرف وأسماء ابائهم وصفة الاطراف كأطراف أصلية في التصرف أم بالنيابة وأهليتهم ومهنهم

---

1) — السنهوري ، اثبات الالتزام ، المرجع السابق ، ص 123 .

2) — أنظر المادة 30 من قانون التوثيق .

3) — المادة 5 من قانون التوثيق : "يتحدد اختصاص الموثق بدائرة اختصاص المحكمة التي يمارس فيها نشاطه" . أنظر ايضا اوبري و رو ، القانون المدني ط. 6 اخرجها اسمان ، 1958 ، ص 128 .
AUBRY ET RAU, DROIT CIVIL, 6e ed., par ESMEIN , 1958 .

وعنا ويهم ، كما يذكر أسماء الاشخاص الذين اقتضت الضرورة حضورهم كالشهود أو المترجم وكذلك ذكر تاريخ السند بالسنة والشهر واليوم ، والساعة بالاحرى ، وذكر قيام الموثق بتلاوة مضمون التصرف على الاطراف ، وتوقيع الموثق والاطراف والشهود على السند . ويؤدي عدم مراعاة هذه البيانات الى بطلان التصرف الا اذا كان التصرف رضائيا ولم يقصد أطرافه من اللجوء الى الموثق سوى اعداد سند بقصد الاثبات ، وهنا اذا بطل السند لعدم استيفائه لشكل تحرير السند الرسمي ، فان التصرف يظل صحيحا .

2 — <u>البيانات الخاصة :</u> وهي بيانات تتعلق بكل تصرف على حدة كذكر نوع التصرف ، بيع ، رهن ، هبة الخ .... وذكر البيانات التي تفيد هذا التصرف وتجعله واضحا ، فاذا كان التصرف واردا على بيع عقار وجب ذكر حدود العقار ، ومساحته والحقوق المتعلقة به كأن يكون مثقلا برهن أو ارتفاق أو امتياز الخ ..(1) واذا كان التصرف عقد شركة مثلا وجب ذكر البيانات المتعلقة بهذا العقد كعدد الشركاء ، واسم أو عنوان الشركة ونوعها ومبلغ رأسمالها ومقرها الخ .....

ان عدم ذكر هذه البيانات قد يؤدي الى بطلان التصرف اذ نص المشرع على ذلك ، كما هو الشأن بالنسبة للبيانات الواجبة الذكر بالنسبة للرهن الرسمي أو البيانات الجوهرية التي يجب أن يتضمنها عقد الشركة .

3) — <u>قرينة الرسمية :</u> تتمثل هذه القرينة في أن السند الرسمي له مظهر خارجي فبمجرد رؤيته والاطلاع عليه تقوم هناك قرينة على رسميته ، لان هناك علامات مميزة له تدل على هذه الرسمية مثل خاتم الموثق وهو صعب التقليد والتزوير

---

1) — المادة 26 من قانون التوثيق : " يبين الموثق في عقود الملكية العقارية طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين "

لذلك فمظهره يدل بوضوح على رسميته ، واذا كان هناك ما يثير الشك في هذه الرسمية فعلى من يدعي ذلك اقامة الدليل على ما يدعيه وذلك عن طريق الطعن بالتزوير ولا يكلف مقدم السند على اثبات هذه الرسمية ،أما اذا كان ظاهر السند يدل بشكل واضح وجلي على وجود أخطاء مادية أو أخطاء في مضمونه أو وجود تناقض في نصوصه مما يقطع الشك في عدم صحته ،ففي هذه الحالة يجوز للمحكمة رفضه كسند رسمي واستبعاده دون حاجة للطعن فيه بالتزوير (1) .

المطلب الثالث آثار الرسمية

لقد نظم المشرع القواعد التي تتبع في تحرير السند الرسمي بدقة ، وهذا من أجل تفادي المساس والانتقاص من الاثر الفعال المقرر للسند الرسمي ، عن طريق التغيير أو الاضافة ، والحشر والشطب الخ . . . الى جانب أن القائم بتحرير السند الرسمي شخص مختص ومحترف ، له دراية ومعرفة بقواعد وطرق تحرير السندات الرسمية . وهذا ما يكسب السند الرسمي مناعة ضد العيوب التي تلحق عادة السندات العرفية ، كعيوب الارادة ونقص الاهلية ويجعله في قمة التصرفات القانونية من حيث القوة التنفيذية والحجية في الاثبات

1 — القوة التنفيذية : ان وجود سند رسمي بيد الدائن ، يسهل له اجراء التنفيذ على المدين بواسطة النسخة التنفيذية ، وهي نسخة من السند الرسمي توضع عليها الصيغة التنفيذية،فهو لا يحتاج للجوء الى القضاء لايقاع حجز واستصدار حكم التنفيذ على المدين (2)وهذا ما يجعل الافراد يفضلون الالتجاء الى الموثق في تحرير العقود التي لها قيمة كبيرة ، ولو أن القانون لم يشترط فيها الرسمية .

1) — أنظر : بلانيول وريبار، دراسة تطبيقية للقانون المدني ، اخرجها اسمان ، 1954،ص 836 — 887 .

2) — ج — كاربونيي ، القانون المدني ، الالتزامات جزء IV تيميس 1972 ، ص 149 .

J. CARBONNIER, DROIT CIVIL, LES OBLIGATIONS. 1972

2 — حجيــة السنــد الرسمــي : للسنــد الرسمــي قــوة اثبــات مطلقــة حيث لا يجــوز الطعــن فيه الا بالتزويــر و هو طريــق صعــب ومعقــد ، و تشمــل حجيــة السنــد الرسمي أصل التصرف و تاريخــه و جــزء مــن محتــواه (1) .

أ — أصــل التصــرف : بالنسبــة لاصــل التصــرف فالسنــد الرسمــي ، يثبــت مصــدره بذاتــه ، فخــاتم و توقيع الموثــق قرينــة قاطعــة على صــدور السنــد من الموثق المعلــى ، و لا يجوز الطعــن فيــه بالقــول أنه صــدر عــن شخــص آخــر غير ذلــك الموثق ، عكس ما هــو الحــال فــى السنــد العرفــى ، حيــث يجــوز للخصم أن ينكــر صــدوره عنــه ، وفى هــذه الحالــة يجــب علــى المــدعي اثبــات أصــل السنــد .

ب — تــاريخ التصــرف : كمــا أن تاريــخ السند يعتبــز ثابتــا ، فالتاريــخ الــذى ورد على السنــد صحيــح و ثابــت و غيــر قابــل للطعــن فيــه بعــدم الصحــة أو التقديــم أو التأخيــر . الا عــن طريــق الطعــن بالتزويــر .

ج — مضمــون التصــرف : يعتبــر السنــد الرسمي حجــة علــى ما ورد فيــه الا أن هــذه الحجية لا تشمــل كــل مــا ورد فــى مضمــون التصــرف ، بــل يجــب التمييز بيــن البيانــات الصادرة عــن الاطــراف و تلــك الصادرة عــن الموثق فبالنسبــة لاقــوال الاطــراف تعتبــر صحيحــة مالم يثبــت عكسهــا لانــه يمكــن الطعــن فيها دون المساس بنزاهــة الموثــق .

فقــوة السنــد الرسمــي مرتبطــة فقــط بما يعلــن الموثق بــأنه قــام بــه بنفســه أو اطلــع عليــه وتأكــد منــه ، كقــوله بــأن الاطــراف حضــروا أمامــه وأنهــم عبــروا عن اراد تهــم و وقعــوا علــى السنــد الــخ .. (2) كمــا أن الاعتــراف بالقوة المطلقــة للبيــانات الصــادرة من الموثــق ، يتطلــب دخــول هذه البيــانات فى مجــال اختصــاص الموثق ، فقــول الموثق أن الاطــراف كاملو الاهليــة يعد حجــة قاطعــة ، أمــا قوله بأنهم كاملو القوى العقليــة ، فليس له هــذه الحجية لان الموثق ليس اختصــاصيا فى علم النفس الذى يبحــث مســائــل كهــذه (3) .

---

1) — ج كاربونيى ، جــزء IV المرجــع السابــق ، ص 431 ، 432 .

2) — السنهــورى ، النظريــة العامة للالتــزام ، جزء II ، المرجع السابــق ص 156 .

3) — كاربــونيى ، المرجــع السابــق جــزء II ، ص 432 ، قســم 129 .

المطلب الاول المعاملات الواردة على العقارات

أولا الرهن الرسمي

عرفت المادة 882 مدني الرهن الرسمي كما يلي : "الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا ، على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان ". فالرهن الرسمي هو عقد يرد على عقار بقصد ضمان الوفاء بالدين يظل بمقتضاه العقار المرهون في حيازة المدين الراهن مما قد يجعله لا يقدر أهميته هذا التصرف ولا يعير اهتماما لخطورته التي تتمثل في امكانية قيام الدائن بالتنفيذ على العقار عند حلول أجل الدين اذا عجز المدين عن الوفاء به ، وعلاجا لهذه الوضعية قرر المشرع وجوب افراغ عقد الرهن في شكل رسمي ، فأوكل تحرير عقد الرهن الى الموثق وهو موظف عام مختص وخبير يقوم باعلام المدين بمدى الاثار التي يرتبها هذا التصرف .

ان رسمية الرهن ترجع الى أمد بعيد حيث وجد لدى الرومان التزام يقترب منه يسمى (OBLIGATIO BONORUM) ، كما كان معمولا برسمية الرهن في المقاطعات الفرنسية القديمة ، وبعد صدور التقنين المدني الفرنسي في سنة 1804 احتفظ بالشكل الرسمي للرهن العقاري (1) (المادة 2127 مدني فرنسي) ، كما أخذ برسمية الرهن القانون المدني الجزائري (المادة 883 م) والقانون المدني المصري (المادة 1031) والقانون المدني الليبي (المادة 1034) .

تنص المادة 883 مدني على مايلي : "لا ينعقد الرهن الا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون " كما نصت المادة 886 مدني على مايلي : " وأن يكون (الرهن) معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق والا كان الرهن باطلا " .

---

1) — مارتي (MARTY) و رينو (RAYNAUD) القانون المدني الجزء III ، الكتاب الاول التأمينات والشهر العقاري، 1971 ص 35، فقرة 145 .

G. MARTY et P. RAYNAUD, DROIT CIVIL, les suretes et la publicité foncière, 1971 .

أ ـ الشكل ركن في الرهن الرسمي

فالركن الشكلي في الرهن الرسمي يتمثل في الكتابة الرسمية للعقد فلا يجوز ابرام العقد في شكل عرفي أو بمجرد التراضي، والحكمة من اشتراط الرسمية هو تحقيق مصالح أطراف التصرف، كتنبيه الراهن الى خطورة التصرف الذي يقدم عليه، اذ أن العقار المرهون يظل في حيازته وهذا قد يجعله لا يتفطن الى مدى الاثار التي تترتب عليه، حيث يستطيع الدائن التنفيذ على العقار في حالة عدم قيام المدين بالوفاء بالتزامه عند حلول أجله، كما تحقق مصلحة الدائن بحيث أن السند الرسمي يسهل له التنفيذ على العقار دون أن يلجأ الى القضاء لاستصدار حكم قضائي بذلك كما هو الشأن بالنسبة للديون العادية، كما تظهر أهمية الكتابة الرسمية في أنها تضمن ابرام العقد بصورة صحيحة فهو يحرر من طرف موظف عام مختص هو الموثق الذي يراعي في تحريره مدى توافر الشروط القانونية للتصرف وأطرافه، كصلاحية العقار للرهن وصحة ملكية الراهن وتوافر الاهلية الكاملة لدى أطراف التصرف، الى جانب قيام الموثق بتقديم نصائحه للاطراف حول أهمية وخطورة هذا التصرف والاثار التي تترتب عليه.

ويرى معظم الفقهاء أن الرسمية انما تشترط في رضاء الراهن باعتباره الشخص المعني بالحماية أما رضاء الدائن فيجوز أن يكون في أية صورة، كأن يكون بسند عرفي أو شفاهة أو حتى ضمنيا (1) بينما يرى بعض الفقهاء أن الرسمية مشترطة للطرافين على أساس أنها لا تحمي الراهن وحده بل تحمي ايضا الدائن ومصالح أخرى كالائتمان العقاري الى جانب أنه يصعب تصور عقد "نصف" رسمي، وحتى لو أمكن ذلك فلا يكون عقدا رسميا بالمعنى الكامل، أضف الى هذا أن ظاهر النص القانوني يوحي بأن الرسمية مشترطة للراهن والمرتهن (2).

---

1) ـ أحمد سلامة التأمينات المدنية، الرهن الرسمي، دار المعارف 1966، ص 184، كربو و بيهر جيريس كلاسور مدني، 1980، المادة 127، ص 4، فقرة 13
GOUBEAU ET BIHR , J.C. Civil 1980 Art 2127. N° 13.

2) ـ السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية 1973 ص 282، فقرة 125، سمير السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، 1970 ص 144، فقرة 61.

كما تثير رسمية العقد مسألة ابرام عقد الرهن فى الخارج على عقارات موجودة فى الجزائر ، ولم يرد نص فى القانون المدنى الجزائرى يمنعه ، لذلك يمكن القول أنه جائز بشرط حصول الدائن على أمر بالتنفيذ من القضاء الجزائرى ، أما القانون الفرنسى فهو يمنعه كقاعدة عامة (1) كما أن القانون المدنى المصرى القديم كان يمنعه ، ويعلل هذا المنع بأن العقد يجب أن يحرره موظف عام مختص ولا يتوافر هذا فى الموظف الاجنبي الى جانب أن الرهن لا يحمي مصالح الراهن والمرتهن فقط بل يحمي مصالح اشخاص آخرين غالبا ما يكونوا موجودين بموقع العقار ، وقد اتضح أن هذا الاتجاه يعيق المعاملات بين الافراد فى الخارج مما جعل المشرع المصرى يعدل عنه فى القانون المدنى الجديد حيث اجاز عقد رهن رسمى فى الخارج على عقارات موجودة فى مصر واشترط لتنفيذه الحصول على سند تنفيذى من القضاء المصرى ، فأخضعه بذلك الى قاعدة شكل التصرف يخضع لقانون المحل (LOCUS REGIT ACTUM) (2)

1 ـ المقصود برسمية العقد :

الرهن الرسمي عقد شكلي ، لابد أن يحرر فى سند رسمى والا كان باطلا ، فلا يجوز أن ينشأ بعقد رضائى أو عرفى/ لكن هل تصلح كافة الاوراق الرسمية لا نشاء الرهن الرسمي ؟ ان الفقه فى فرنسا و مصر يرى أن ابرام عقد الرهن الرسمى هو من احتكار الموثقين ، فيجب أن يتم تحرير العقد لدى الموثق ولا تصلح الاوراق الرسمية الاخرى لانشائه كمحضر الصلح الذى يحرره موظف عام والاحكام القضائية (3) .

---

1) ـ أنظر المادة 2128 م فرنسى : "العقود المبرمة فى بلد أجنبى لا يجوز أن تنشئ رهنا رسميا على اموال فرنسية الا اذا نص على خلاف ذلك فى القوانين السياسية والمعاهدات"

2) ـ السنهورى التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق ص 283 فقرة 127 .

3) ـ أحمد سلامة ، التأمينات المدنية، المرجع السابق ص 182 .

مارتى (MARTY) ورينو (RAYNAUD) ، التأمينات والشهر العقارى المرجع السابق ص 109 فقرة 188 . بلانيول (PLANIOL) وريبار (RIPERT) ، القانون المدنى الفرنسى ، التأمينات العينية جزء 12 1953 ص 485 فقرة 447 .

أما القانون المدني الجزائري فقد أورد بشأن انشاء الرهن الرسمي نصا يتسم بنوع من العمومية والغموض فقد نصت المادة 883 مدني على أن "الرهن الرسمي ينشأ بعقد رسمي أو بحكم أو بمقتضى القانون" واذا كانت عبارة العقد الرسمي لا تثير اشكالا فان عبارتي بحكم أو بمقتضى القانون تثيران بعض التساؤل . فهل يقصد بانشاء الرهن بحكم قضائي اعطاء مكنة للدائن لاستصدار حكم ضد مدينه يلزمه بتقديم رهن ضمانا للوفاء بالدين ؟ ان هذا التحليل قد يؤدي بنا الى أحكام المادة 937 مدني المتعلقة بحق التخصيص ، وهو نظام يختلف في بعض أحكامه عن نظام الرهن الرسمي . أما بالنسبة للعبارة الثانية المتعلقة بانشاء رهن بمقتضى القانون ، فهي أيضا غير واضحة اذ أنها تفترض انشاء رهن رسمي بنص قانوني مباشر . والتفسير الذي يمكن اعطاؤه لهذا النص هو أن الرهن في هذه الحالة يمكن أن يتخذ طبيعة حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقارات ، مثل حق بائع العقار في استيفاء الثمن وملحقاته بالاولوية من العقار المبيع (المادة 999 مدني). والامتياز الذي تنص عليه المادة 1000 مدني الذي يخول للمهندسين المعماريين والمقاولين حق استيفاء حقوقهم بالاولوية من المباني التي شيدوها وكذلك الامتياز الذي تنص عليه المادة 1001 مدني المتعلق بالشركاء في العقار في حالة الشيوع عند قسمته .

فهذه الامتيازات ترد على عقارات وتعطي الحق للدائنين في استيفاء حقوقهم بالاولوية منها ، الى جانب خضوعها لنفس أحكام الرهن الرسمي فيما يتعلق بالقيد والتطهير وتجديد القيد وشطبه وما يترتب على ذلك من آثار (راجع المادة 986 مدني) ويلاحظ أن القانون الفرنسي ينص على بعض الرهون القانونية (HYPOTHEQUES LEGALES) (المادة 2121 مدني) ، وعن رهن المرأة المتزوجة على أموال زوجها ورهن الاشخاص الموجودين تحت الوصاية أو القوامة على أموال الوصي أو القيم ورهن الدولة والمجموعات المحلية والمرافق العامة على المحاسبين (1) ، ولم ينص القانون المدني الجزائري على أنواع الرهون هذه .

---

1) بلانيول وريبار ، القانون المدني الفرنسي ، المرجع السابق ، ص 505 فقرة 405

وخلاصة ما يمكن قوله حول المادة 383 مدني هو أن هذه المادة أوردت حكما عاما يشمال كل تأمين عيني وارد على عقار سواء كان مصدره عقدا أم حكما قضائيا أم نصا قانونيا .

2 — تخصيص الرهن وقيده :

تخصيص الرهن : يتطلب الرهن الرسمي تخصيص العقار المراد رهنه أي تعيينه تعيينا دقيقا وتحديد الدين المضمون به ، فيجب تحديد العقار المرهون وتحديد طبيعته ونوعه ومساحته وحدوده وكل ما هو ضروري لتمييزه عن غيره ، ويحدد الدين المضمون بذكر قيمته وحده الاقصى ومصدره وأوصافه والشروط الاخرى المتعلقة به ، وتعود مسألة صحة التخصيص لقاضي الموضوع الذي يجوز له الحكم ببطلانه اذا رأى أنه غير معين بما فيه الكفاية ، ويجوز أن يكون هذا التخصيص في سند رسمي لا حق لسند الرهن .

قيد الرهن : يجب أن يقيد الرهن في مكتب الشهر العقاري لكي يصبح نافذا في مواجهة الغير ، ويجب أن يتم هذا القيد قبل أن يكسب الغير حقا عينيا على العقار (المادة 904 مدني) ، ويلاحظ أن تخصيص الرهن يعد شرطا من شروط صحة عقد الرهن ذاته ، فاذا لم يتوافر بطل الرهن ، بينما يقتصر أثر القيد على نفاذ التصرف تجاه الغير ولا يمس نشأة العقد ، فعقد الرهن الذي لم يقيد ينشأ صحيحا الا أن أثره يقتصر على طرفيه ولا يمتد الى الغير الذي يعتبر الرهن بالنسبة اليه كأنه غير موجود في هذه الحالة (1) ، ويرى الاستاذ أحمد سلامة (2) أنه اذا كانت البيانات المتعلقة بتخصيص الرهن غير كافيه في قيد الرهن ولم تكن كافية في سند الرهن فيجب علاج الوضع بانشاء عقد رهن رسمي جديد ولا يجوز اضافة البيانات الواردة بالقيد الى سند الرهن القديم حيث أن سند الرهن وقع باطلا بطلانا مطلقا لا يجوز تصحيحه .

---

1) — أنظر المادة 904 مدني : " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير الا اذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار وذلك دون الاخلال بالاحكام المقررة في الافلاس "

2) — أحمد سلامة ، التأمينات المدنية ، المرجع السابق ص 185 .

ب — التوكيل والوعد في الرهن الرسمي

1 — التوكيل في الرهن الرسمي

ورد في المادتين 572 و 574 من القانون المدني ما يلي :

المادة 572 "يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ، مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك ".

المادة 574 "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الادارة لا سيما في البيع والرهن . . . ".

فعلى أساس هاتين المادتين تكون الوكالة المتعلقة بابرام عقد رهن رسمي في شكل رسمي لان التصرف الاصلي يتطلب الشكل الرسمي ، وبناء على ذلك فالوكالة الشفهية أو الوكالة التي تكون بسند عرفي لا تصلح لابرام عقد الرهن الرسمي بصورة صحيحة ، ويعلل هذا على اساس أن الاصيل لا يعبر عن ارادته الا مرة واحدة عند ابرام عقد الوكالة ، فمن المعقول اذن أن يتطلب القانون وجوب التعبير عن ارادة الاصيل في عقد الوكالة نفس الشكل المشترط لابرام عقد الرهن الرسمي (1).

ويرى معظم الفقهاء أن توكيل الراهن، باعتباره المعني بالحماية ، هو الذي تشترط فيه الرسمية ، أما توكيل المرتهن فيجوز أن يرد في أي شكل كان ، كأن يكون بسند عرفي أو شفاهة أو حتى ضمنيا . وهناك استثناء في القانون الفرنسي من القاعدة التي تقضي بوجوب توافر الشكل الرسمي في الوكالة المتعلقة بابرام الرهن الرسمي تخص رهن عقارات الشركة من طرف الممثلين القانونيين للشركة ، بحيث يجوز لهؤلاء رهن عقارات الشركة باسمها استنادا الى السلطات التي يخولها لهم القانون الاساسي للشركة أو على اساس قرار متخذ أثناء مداولات الشركاء ولو كان القرار الذي اتخذ في المداولة قد حرر في سند عرفي ، ويرجع أساس هذا النص الى قانون أول اوت 1893 الذي عدل المادة 69 من قانون الشركات لسنة 1867 ، وقد نص على هذا الاستثناء بالنسبة للشركات التجارية ثم جاء قانون 24 يوليو 1966 فعممه على كافة الشركات المدنية منها والتجارية (2).

---

1) — سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية ، المرجع السابق ص 145 فقرة 62 .

2) — مارتي ورينو ، التأمينات والشهر العقاري ، المرجع السابق ، ص 110 ، فقرة 190 .

وبناء على ماجاء في المادة 574 مدني فان الوكالة العامة لا تكفي لابرام عقد الرهن الرسمي بل لابد من وكالة خاصة ، والوكالة الخاصة في نوع معين من التصرفات القانونية صحيحة ولو لم يتم تعيين العمل القانوني على وجه الدقة ، الا اذا كان العمل من التبرعات ، وقياسا على هذا ، فاذا كان الموكل هو الراهن نفسه فان عمله هنا من أعمال التصرف فليس من الضروري أن يعين في التوكيل العقار محل الرهن بل يكفي التوكيل بابرام عقد الرهن أما اذا كان الموكل ليس هو المدين بل كفيل عيني ، فقد يكون في هذه الحالة متبرعا ومتى كان كذلك ، وجب عليه أن يعين في توكيله بالرهن العقار محل الرهن بالذات (1) .

2- الوعد بالرهن الرسمي :

نصت المادة 71 /2 مدني على أنه : "اذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد" وعلى أساس هذا فالوعد المتعلق بالرهن الرسمي يجب أن يكون بسند رسمي والا كان باطلا ، لان اغفال هذا الشكل يؤدي الى الافلات من هذا القيد ، حيث يستطيع المتعاقدان ابرام عقد تمهيدي أو وعد بابرام العقد لا يستوفي الشكل المطلوب ثم يستصدران حكما بصحة التعاقد ، فيصلا بذلك وبطريق غير مباشر الى عدم مراعاة الشكل المقرر وبالتالي الافلات من هذا القيد (2) . فاذا تم الرهن في الشكل الرسمي وبصورة صحيحة فان الواعد يصبح ملتزما بابرام عقد الرهن الرسمي الذي وعد به ، واذا نكل أمكن للموعود له استصدار حكم يقوم مقام العقد (المادة 72 مدني) ، أما اذا لم يستوف الوعد الشكل المطلوب فانه يقع باطلا كوعد بابرام رهن رسمي ، لكنه يصح كاتفاق غير معين يرتب التزامات شخصية طبقا لمبدأ سلطان الارادة ، ويفتح المجال لتعويض الموعود له نظرا لتعذر تنفيذه عينا. ويرى الاستاذ السنهوري (3) أنه يجوز ان يؤخذ به حق اختصاص او طلب سقوط أجل القرض او الدين ، الا أنه لا يجوز في هذه الحالة أن ينص في الحكم على انه يقوم مقام العقد النهائي نظرا لكون الوعد باطلا .

1) — السنهوري ، التأمينات العينية والشخصية الجزء 10 ص 288، فقرة 129

2) — السنهوري ، الجزء 10، المرجع السابق ص 288 ، فقرة 130

3) — السنهوري ، الجزء 10 ، المرجع السابق ، ص 289 فقرة 130

ثانيــا : التنــازل عــن العقــار

للعقــارات مكانة هامـة وآ ثر فعــال فى الحيــاة الاقتصـاد يـة للمجتمـع، وهذا مايستدعــى تــد خل الــد ولة المستمـر لتنظيـم الامـوال العقــارية و تحد يـد وضعيتهــا بـدقة و وضـوح من أجـل التحكـم فى المعامــلات الوارد ة عليهــا و مراقبــة حركتهــا، قصـد تـوجيههــا الوجهــة الاقتصاد يــة التى تنتهجهــا وعـدم تركهــا لمبــادرة الانــراد وحد هم .

و قد تبنــى المشــرع الجزائــرى هــذا الاتجــاه و أصــد ر نصـوصا تشريعيــة و تنظيميــة مختلفــة لتنظيـم الاملاك العقــارية و توجيههــا لمسايــرة الاتجــاه الاشتراكــى الــذى اختــارته البــلاد ، ومن هــذ ه النصـوص نذكــر المــاد ة 2 مــن مرســوم رقم 15/64 المؤرخ فى 1964/01/20 المتعلــق بحرية المعامــلات التى تنـص على وجوب الحصــول علــى ترخيـص ادارى مسبــق لاجــراء أى معاملــة بيــن الاحيــاء تتعلــق بعقــارات أو حقوق عينيــة عقاريــة اذا زاد ت قيمتهــا علــى ألــف فرنــك جديــد . والمادة 12 من قــانون التــوثيــق لسنــة 1970 التــى تخضــع كافــة المعامــلات المتعلــق بنقـل العقــارات أو الحقــوق العينيــة العقــارية الــى الشكـل الرسمــي ، والمــاد ة 793 مدنــى التــى تنـص علــى عــدم انتقــال الملكيــة و الحقــوق العينيــة الاخــرى فــى العقــار الا أذا تــم شهــر ها لــدى مكتــب الشهــر العقــارى .

مــن خــلال هذه النصـوص نــلاحظ اخضــاع المعاملات الوارد ة على العقارات الى عــد د مــن الشكليــات لتحقيــق أغــراض مختلفـــة ، وقد نصت المــاد ة 12 من قــانــون التوثيــق على مايلــى : "زيــاد ة على العقــود التى يأمر القانــون باخضــاعها الى شكــل رسمــى فان العقــود التى تتضمــن نقــل العقــار أو حقــوق عينيــة عقاريــة ...... يجــب تحت طائلــة البطــلان أن تحــرر هــذ ه العقــود فى شكــل رسمــي مع د فــع الثمــن الــى الموثـــق " .

لقــد كانــت التصرفــات الوارد ة علــى العقارات قبــل صــد ور قانــون التوثيــق لسنــة 1970 تصـرفات رضائيــة ، يكفــى فيهــا تطابــق الايجــاب و القبــول لصحتهــا . فبيع العقــار أو هبتــه أو تقد يمــه كحصــة فى شركــة و انشــاء حق عينــى عقــارى كحــق الارتفــاق او الانتفــاع كلهــا تصـرفــات رضائيــة لا تخضـــع لشكــل الــزامــي معيـــن ،

وقد قضى المجلس الاعلى (1) في هذا الاتجاه في قرار له صدر في 1982/06/09 حيث أقر صحة بيع عقار بمقد عرفي وبحضور شهود تم في سنة 1958، وبعد صدور قانون التوثيق سنة 1970 أصبح التعامل على العقارات يخضع للشكل الرسمي اذا تعلق بالبيع أو التنازل على العقار بأية صفة كانت كهبته أو تقديمه حصة في شركة أو تقديمه كوفاء بمقابل أو المقايضة به وكذلك اذا تعلق بانشاء حق عيني عقاري كحق ارتفاق أو رهن أو انتفاع، فكل هذه المعاملات لا تصح الا اذا افرغت في شكل رسمي، فلا يكفي التراضي أو العقد العرفي لصحتها، وقد حكم المجلس الاعلى (2) في قرار له سنة 1982 وجاء في قراره مايلي : "حيث أن المادة 12 من الامر الشريعي رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 تفرغ الشكل الرسمي في العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار تحت طائلة البطلان .

حيث أن البطلان الذي تنص عليه المادة 12 من قانون التوثيق هو بطلان مطلق لا يقبل الاجازة طبقا للمادة 102 من القانون المدني، هذا ولما قضى مجلس تلمسان بصحة بيع عقار لم يستوف الشكل الذي فرضته المواد المذكورة أعلاه فانه يكون قد خرق القانون مما يستوجب النقض دون حاجة لبحث باقي الاسباب". كما قضى المجلس الاعلى (3) في قرار له بتاريخ 1980/07/14 قرار المجلس القضائي بسطيف الصادر في 1978/12/07 الذي أيد حكما مؤرخا في 1977/09/27 قضى بصحة بيع عقار تم بعقد عرفي، وجاء في قرار المجلس : " ان قضاة الموضوع قد خرقوا القانون باقرارهم صحة البيع، لان المادة 12 من الامر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 تفرغ نقل الملكية بالشكل الرسمي والا يكون التصرف باطلا" .

---

1) ـ نشرة القضاة، العدد الخاص، لسنة 1982 ص 147 ـ 148

2) ـ " " " " " ص 171 ـ 172

3) ـ قرار المجلس الاعلى رقم 20529 المؤرخ في 1980/07/14، نشرة القضاة الفصل الاول، سنة 1981، ص 61 .

فالمشرع الجزائري جعل من العقود الواردة على انتقال العقارات و الحقوق العينية العقارية عقودا رسمية لابد لصحتها من تحريرها في شكل كتابي لدى الموثق ، الا أنه يجب التمييز بين الشكل الرسمي الذي يقوم على أساسه العقد و يترتب على تخلفه بطلان التصرف بطلانا مطلقا و شكلية التسجيل و الشهر العقاري المنصوص عليها في المادة 793 مدني ، التي يترتب على تخلفها عدم انتقال الملكية . فهناك فصل بين صحة العقد وانتقال الملكية ، فالرسمية تحقق صحة العقد أما انتقال الملكية فهو أثر من آثار العقد لا يقع الا اذا تم تسجيل العقد و شهره لدي مصلحة الشهر العقاري ، بينما تسري الاثار الاخرى للعقد مثل التزام البائع في حالة بيع بدفع الثمن وضمان الاستحقاق و التعرض ، و يترتب على عدم انتقال الملكية أن البائع يظل مالكا للعقار لكنه يلتزم بتسليمه للمشتري و اذا سلمه له فلا يستطيع استرداده وذلك لانه ضامن للاستحقاق و من ضمن نقل ملك للغير لا يجوز له أن يدعيه لنفسه ، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه ليس للبائع لعدم تسجيل عقد البيع و تراخي انتقال الملكية بسببه أن يطلب الحكم على المشتري بتثبيت ملكيته هو للمبيع، وكما يجرى هذا الحكم على البائع فهو يجرى على من يخلفه في تركته ، فهما على الوارث أن يقوم للمشترى كمورثه بالاجراءات القانونية اللازمة للتسجيل مثل الاعتراف بصدور العقد بالاوضاع المعتادة أو بأنشاء العقد من جديد بتلك الاوضاع ، و متى وجب هذا على الوارث فلن يقبل منه أن يدعى لنفسه ملك المبيع على المشتري لان من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه (نقض مدني مصري في 1932/11/17) (1) .

و يلاحظ أن بيع العقار هو عقد رضائي في القانونين المصري و الفرنسي ، يكفي الرضا وحده لانشائه و ترتيب كافة آثاره ، ماعدا انتقال الملكية ، حيث لا تنتقل في القانون المصري الا اذا روعيت اجراءات التسجيل (2) و في فرنسا تنتقل الملكية بين الطرفين لكن لا تنفذ في مواجهة الغير الا بعد تسجيل العقد و شهره (3).

---

1) — عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، البيع و المقايضة دار احياء التراث العربي ، 1973 ، ص 132 .

2) — السنهوري ، البيع و المقايضة ، المرجع السابق ، ص 435

3) — محمد لبيب شنب و مجدي صبحي خليل ، شرح أحكام عقد البيع دار النهضة ص 122 — 125

وبالنسبة للوعد والتوكيل في التنازل عن العقار والحقوق العينية العقارية فهو يتخذ نفس الشكل الرسمي المشترط في العقد الاصلي.
(المادة 572 من القانون المدني بالنسبة للوكالة والمادة 71 مدني بالنسبة للوعد).

المادة 572 مدني : " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك ".

ـ المادة 71 فقره 2 مدني : " واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد ".

المطلب الثاني

المحل التجاري

المحل التجاري مال منقول ، وهو منقول معنوي يتكون من عناصر مادية كالاثاث والمعدات وعناصر معنوية كالاسم التجاري وحق الايجار والسمعة التجارية الخ ... ، وهو عادة ما يكون ذو قيمة مالية كبيرة بل غالبا ما يكون المال الوحيد الهام في ذمة المدين الذي يعتمد عليه دائنوه في استيفاء حقوقهم ، لذلك فهو يشكل عنصرا هاما للضمان العام للدائنين ، ونظرا لهذه الاهمية وتنوع العناصر التي يتكون منها فقد أخضعه المشرع لتنظيم خاص وقواعد محددة يتعين اتباعها عند بيعه ورهنه وتأجيره .

الركن الشكلي في المحل التجاري

نصت المادة 79 من القانون التجاري على مايلي : "كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة عامة كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأسمال شركة ، يجب اثباته بعقد رسمي والا كان باطلا ".

كما نصت المادة 120 تجاري على ما يلي : "يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي" .

كما تنص المادة 12 من قانون التوثيق على ما يلي : "زيادة على العقود التي يأمر القانون باخضاعها الى شكل رسمي فان العقود التي تتضمن نقل العقار ... أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها ... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر في شكل رسمي مع دفع الثمن الى الموثق " .

من خلال هذه المواد نستخلص أن التصرفات الواردة على المحل التجاري ، سواء كانت في صورة بيع أو رهن أو تأجير التسيير هي تصرفات شكلية ، وتتمثل هذه الشكلية في الكتابة والرسمية .

يتمثل الركن الشكلي للمحل التجاري في :

1 — الكتابة

2 — الرسمية

1 — الكتابة : لقد جعل المشرع الجزائري من بيع و رهن و تأجير المحل التجارية تصرفات كتابية ، فلا يجوز أن يكون العقد بطريقة أخرى ، و الكتابة هنا للانعقاد أي لصحة العقد و ليس لمجرد أثباته كما يرى الاستاذ أحمد محرز في كتابه "القانون التجاري الجزائري"(1) و ذلك لان النصوص القانونية واضحة في هذا الشأن خاصة المادة 12 من قانون التوثيق و المادة 203 من القانون التجاري ، و اذا كانت المادتان 79 و 118 تجاري تقصهما بعض الدقة بشأن الهدف من اشتراط الكتابة بسبب ورود كلمة "تثبت" بدل كلمة تصح أو تنعقد الا أنه بتحليلهما نجد أن المقصود هو انعقاد العقد و ليس أثباته فقط لان الجزاء الذي رتبته على تخلف الكتابة هو البطلان ، و البطلان انما يتقرر لتخلف ركن من أركان التصرف ، أما الجزاء المترتب على مخالفة وسيلة أثبات معينة فهو عدم قبول الوسائل الاخرى غير تلك المحددة في القانون .

كما أن المادة 12 من قانون التوثيق صريحة في اشتراط الكتابة لصحة العقد ثم أنه من الناحية العملية يصعب ابرام العقد شفاهة لكثرة البيانات التي اشترط المشرع ذكرها في عقد البيع أو الرهن أو التأجير ، فالى جانب اسماء أطراف التصرف و هويتهم يتعين ذكر ، في حالة البيع ، قائمة الامتيازات و الرهون المترتبة على المحل و رقم الاعمال للسنوات الثلاثة الاخيرة أو من يوم الشراء ، وقيمة الارباح المحصلة و المعلومات المتعلقة بالايجار و تعيين العناصر التي ورد عليها البيع أو الرهن ، و تحديد ثمن العناصر المعنوية و الماديةو ثمن البضائع .

1) — أحمد محرز القانون التجاري الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية 1980 جزء 1 ، ص 210 .

وآخيرا هناك عملية اخرى تتطلب الكتابة وهى الشهر، اذ ان بيع المحل التجاري وتأجير تسييره يخضعان للشهر وهى عملية غير ممكنة الا اذا كان العقد مكتوبا، فالشهر ما هو سوى ملخص لعقد ينشر لاعلام الغير بالتصرف الوارد على المحل التجاري، وهذا ما يجعل الكتابة ركنا فى المعاملات الواردة على المحل التجاري، أما القانونين المصري(1) والفرنسي (2) فقد جعلا من بيع المحل التجاري تصرفا رضائيا واكتفيا باشتراط الكتابة لاثباته، بينما أخضعا التصرفات المتعلقة برهن وتأجير المحل التجاري الى الشكل الرسمي .

2 ـ الرسمية : لم يكتف المشرع بوجوب كتابة عقود المعاملات الواردة على المحل التجاري فقط بل اشترط بالاضافة الى ذلك الكتابة الرسمية، فيجب أن يتم العقد المتعلق ببيع أو رهن أو تأجير تسيير المحل التجاري أمام الموثق .

والحكمة من هذا واضحة وهى ان أهمية المحل التجاري تستدعى رقابة فعالة وجدية على المعاملات الواردة عليه لان تركها للافراد بمفردهم قد يؤدي الى استعمال هؤلاء للتحايل والغش نحو القواعد المحددة بشأن التعامل فى المحل التجاري مما يستوجب ضبطها أمام موظف عام للتأكد من مطابقتها للقانون، الى جانب أن أطراف التصرف يستفيدون من تحرير العقد أمام موظف عام، حيث أن ذلك يضمن لهم تحرير العقد فى صورة صحيحة، كما يتولى الموثق تقديم نصائحه لهم واعلامهم بالاثار المترتبة على عقدهم، وكيفية تنفيذ الالتزامات المترتبة عليهم، ويستفيد أيضا دائنو المتعاقدين من ذلك فى الحفاظ على حقوقهم عند التصرف فى الاموال العامة لمدينيهم كالمحل التجاري .

---

1) ـ على حسن يونس، المحل التجاري، دار الفكر العربي، ص 168، فقرة 127 .

2) ـ ريبار (G.RIPERT)، القانون التجاري، ط. 8، اخرجها روبلو (R. ROBLOT) 1974، ص 377، فقرة 590 .

Ripert (G) droit commercial 8ée par Roblot . 1974

المطلب الرابع

عقد الصلح مع المدين المفلس

عقد الصلح مع المدين المفلس هو اتفاق بين المدين المفلس ودائنيه يتضمن التزام المدين بدفع كل أو جزء من الديون الى هؤلاء في مدة معينة . وقد اختلف الفقه بشأن تكييفه هل هو عقد أم نظام نظرا للطابع الخاص الذي يتسم به عند انشائه ، مثل فرض ارادة أغلبية الدائنين رأيها على الاقلية ، ومصادقة المحكمة عليه . ومسايرة لما ذهب اليه المشرع بوصفه بأنه عقد ، حيث جاء في القسم المخصص لتنظيمه في القانون التجاري بعنوان "عقد الصلح" ، فاننا سنتطرق اليه بوصفه تصرفا شكليا .

فعقد الصلح ، كما سبق أن ذكرنا يتطلب ابرامه عدد من الاجراءات كتوافر الاغلبية وتوقيع الاطراف ومصادقة المحكمة عليه (المواد 318 و 320 و 325 من القانون التجاري) وهي عمليات تتطلب افراغ العقد في شكل كتابي وهو ما يسمح أيضا بتحقيق الاغراض التي يهدف اليها هذا العقد ، فهو يجنب تصفية المشاريع الاقتصادية لاسيما ذات الاهمية الكبيرة منها التي قد يتسبب توقفها اثارة اضطراب الاوضاع وعدم استقرارها نتيجة توقف نشاط المشروع وتسريح المستخدمين به ، الى جانب أن الفائدة التي تعود على المدين المفلس ودائنيه أهم من تلك التي تحصل في حالة شهر الافلاس دون تسوية قضائية ، فالدائنون غالبا ما يحصلون على نصاب أكبر في استيفاء حقوقهم في حالة التسوية القضائية عنها في حالة الافلاس ، كما أنه من صالح المدين أن يعود لممارسة نشاطه التجاري بسرعة وبظروف مخففة عكس الوضع في حالة الافلاس (1) .

---

1) — موسوعة داللوز ، القانون التجاري والشركات ، لفظ الافلاس والتسمية القضائية سنة 1957 ، رقم 2396 . FAILLITE ET REGLEMENT JUDICIAIRE, DALLOZ ,

REPERTOIRE DE DROIT COMMERCIAL ET DES SOCIETES, 1957 , N° 2396 .

— ونظرا لاهمية هذا العقد أخضعه المشرع الى عدد من الاجراءات مثل اجتماع الدائنين لمناقشة الصلح ومصادقة المحكمة على الصلح ووجوب توقيع العقد، وهذا ما أدى الى اعطائه طابعا أقرب الى نظام منه للعقد، لذلك اعتبرته بعض التشريعات، كما سبق الذكر، نظاما وليس عقدا . والركن الشكلي في عقد الصلح هو الكتابة ومتى تمت كتابة العقد ووقع عليه الدائن ، أصبح العقد تاما أما نفاذه فيتوقف على مصادقة المحكمة .

ويعود استلزام المشرع مصادقة المحكمة على الصلح الى سببين :
السبب الاول يعود الى كون عقد الصلح يسري آثره على كافة الدائنين العاديين للمفلس سواء الذين قبلوا الصلح أم الذين رفضوه . والثاني يتمثل في أن عودة التاجر المفلس الى الحياة التجارية بعد اغلاق التفليسة بواسطة عقد الصلح ، قد يؤثر على التجارة بصورة عامة فلا يجوز أن يمنح هذه التسهيلات الا اذا كان يستحقها (1) ، فيكون بالتالي للمحكمة أن تقدر ذلك .

---

1) — رزق الله الانطاكي ، موسوعة الحقوق التجارية ، الجزء الثامن ، الافلاس ، ص 320 .

المطلب الخامس

عقد الشركة

ظهر عقد الشركة كعقد رضائي في أواخر عهد الامبراطورية الرومانية ، وازدهر في القرون الوسطى بازدهار التجارة ، وبلغ أوج انتشاره في العصر الحديث بظهور شركات الاموال التي أصبحت تلعب دورا حاسما في المجال الاقتصادي ، حيث أصبحت الاداة المثلى في استثمار واستغلال الاموال ، ووصفت شركة المساهمة بأن اكتشافها يضاهي اكتشاف الكهرباء ، الا أنه اذا كان لعقد الشركة فائدة كبيرة فله أيضا خطورته نظرا للدور الهام والحاسم الذي يؤديه في الحياة الاقتصادية وضخامة الاموال التي يقوم عليها ، وهذا ما جعل المشرع يسعى الى وضع قواعد محددة ومضبوطة لتنظيمه بقصد حماية الائتمان والامن في المعاملات من أجل ضمان مسايرة الشركة لسياسة الدولة الاقتصادية . وقد أدى هذا الى اخضاع عقد الشركة الى شكلية صارمة ودقيقة سواء عند انشائها أو خلال حياتها أو عند انقضائها الى درجة ان اصبح الشك يحوم حول ما اذا كانت الشركة عقدا أم نظاما .

وقد نصت المادة 418 مدني على مايلي : "يجب ان يكون عقد الشركة مكتوبا والا كان باطلا وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات اذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد" ; كما نصت المادة 545 من القانون التجاري على مايلي : "تثبت الشركة بعقد رسمي والا كانت باطلة ...". وجاء أيضا في المادة 12 من قانون التوثيق مايلي : "زيادة على العقود التي يأمر القانون باخضاعها الى شكل رسمي ، فان العقود التي تتضمن نقل العقار أو التخلي عن اسهم من شركة أو جزء منها ، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن الى الموثق ".

فعقد الشركة يخضع لعدد من الشكليات أهمها الكتابة الرسمية والشهر والقيد في السجل التجاري .

1 — الحكمة من اشتراط الشكل

أ — الاهمية الاقتصادية للشركة : فالشركة تقوم عادة على استغلال مشاريع اقتصادية ضخمة لها وزنها وتأثيرها فى الحياة الاقتصادية ، وهذا ما يستلزم احكام الرقابة عليها وتوجيهها لمسايرة السياسة الاقتصادية للدولة .

ب — تعقد عقد الشركة : فالشركة من العقود المستمرة غالبا ما تستغرق فترة طويلة ، وهى تشتمل على شروط كثيرة ومعقدة ومتنوعة تتعلق بالحصص والاسهم وباقتسام الارباح والخسائر وباختيار القائمين بالادارة وتحديد سلطاتهم وبكيفية تعديل بنود العقد الخ .... ، فهذه الشروط كلها لا يمكن للذاكرة وحدها حفظها وتذكرها ، فأحسن وسيلة لعلاج هذا الوضع هو ايداع بنود العقد فى محرر مكتوب (1) .

ج — ضرورة شهر عقد الشركة : لقد استلزم المشرع شهر عقد الشركة فى صحيفة الاعلانات القانونية وأيضا فى الجرائد العادية ، كما اشترط قيد الشركة فى المركز الوطنى للسجل التجارى ، وهذه العمليات لا يمكن أن تتم الا اذا كان عقد الشركة مكتوبا (2) .

2 — جزاء تخلف الشكل الكتابى

لقد نص المشرع الجزائرى صراحة على بطلان عقد الشركة اذا لم يكن مكتوبا (المواد 418 مدنى و 545 تجارى و 13 من قانون التوثيق) .
فالكتابة اذن ليست للاثبات بل تعتبر ركنا أصليا فى العقد يؤدى عدم مراعاتها الى بطلان العقد بطلانا مطلقا يتمسك به كل من له مصلحة ويحكم به القاضى من تلقاء نفسه ولا يرد عليه التصحيح ، كما يخضع تعديل عقد الشركة أو التنازل عن الحصص والاسهم الى نفس الشكل الرسمى .

---

1) — أحمد محرز ، القانون التجارى الجزائرى ، الشركات التجارية ، ص 55 .
2) — الياس حداد ، القانون التجارى ، دمشق 1981 ، ص 113 . أنظر أيضا الياس ناصف ، الكامل فى قانون التجارة ، بيروت 1982 ، ص 35 .

3 — شكل الشركة فى القانون المقارن

أ — فى القانون السورى : ان الكتابة شرط لصحة عقد الشركة ، الا أن تخلفها لا يؤدى الى بطلان العقد بطلانا مطلقا ، لان القاضى ليس له أن يحكم بالبطلان من تلقاء نفسه بل لابد أن ترفع به دعوى ،كما أن الشركاء ليس لهم الاحتجاج به على الغير ، مما يؤدى الى القول أن البطلان هنا من نوع خاص(1).

ب — فى القانون المصرى : لقد اشترط المشرع المصرى الكتابة لصحة عقد الشركة (المادة 507 مدنى مصرى) فأطراف العقد ملزمون بتحرير عقد الشركة كتابة سواء كانت عرفية أو رسمية حسب نوع الشركة مدنية أم تجارية ، كما يتخذ تعديل العقد نفس الشكل الذى أفرغ فيه العقد الاصلى (2).

ج — فى القانون الفرنسى : لم يذكر القانون الفرنسى لسنة 1966 الكتابة صراحة كشكل واجب لصحة عقد الشركة كما كان الوضع من قبل فى قانون 1867 المادة 41 منه ، الا أنه يستخلص من مواده أن الكتابة واجبة، فقد نص هذا القانون على وجوب احتواء عقد الشركة على بيانات معينة مثل اسم الشركة أو عنوانها وعدد الشركاء وقيمة رأسمالها الخ ... ، كما استلزم شهر عقد الشركة والشهر يتطلب الكتابة . وهذا ما يدل على أن الكتابة شرط لصحة عقد الشركة وليس لمجرد اثباته، كما يلاحظ أن توجيهة مجلس المجموعة الاوروبية رقم 68 / 151 بتاريخ 8 مارس 1968 نصت فى المادة 10 منها على أن الدول الاعضاء التى لم ينص قانونها على رقابة وقائية ادارية أو قضائية على انشاء الشركات ، يجب أن تحرر عقود الشركات التى تنشأ بها فى محرر رسمى ، فكان على فرنسا التى لا توجد بها مثل هذه الانواع من الرقابة أن تعدل قانونها الخاص بالشركات وفقا لهذه التوجيهة وذلك خلال ثمانية عشر شهرا من صدور التعليمة (3). وبالنسبة لجزاء تخلف كتابة العقد فقد اختلف فيه الفقه الفرنسى

---

1) — الياس حداد ،القانون التجارى ،المرجع السابق ،ص 248 .

2) — السنهورى ،الوسيط فى شرح القانون المدنى ،جزء 5 ،الهبة والشركة ،ص 248 .

3) — انسيكلوبيدى داللوز ،الشركات التجارية ،جزء 1 ، 1970 ،فقرات من 131 الى 134 .

فالفقهاء ريبار (RIPERT) و هوبان (HOUPIN) وبوفيو (BOUVTEUX)
و روبلو (ROBLOT) يرون أن الكتابة للصحة وتخلفها يؤدي الى بطلان
العقد ، بينما يرى أغلبية الفقهاء الاخرين من بينهم هاميل (HAMEL)
ولاغارد (LAGARDE) وبلانيول (PLANIOL) واسكارا (ESCARRA) ورو (RAULT)
بأنها للاثبات وبالتالي فتخلفها لا يؤدي الى بطلان العقد (1) .

---

1) ــ انسكلوبيدي داللوز ، الشركات التجارية : المرجع السابق ،
فقرة 135 .

ENCYCLOPEDIE DALLOZ, SOCIETES COMMERCIALES, 1970

المطلب السادس التنازل عن السفينة و رهنها

أ) التنازل عن السفينة

السفينة مركب أو عمارة تخصص للملاحة، و هي منقول من نوع خاص لا يخضع للقواعد العامة التي تحكم المنقولات لان السفينة تتميز بمواصفات تجعل كل سفينة عبارة عن وحدة مستقلة متميزة عن غيرها من السفن، من هذه المواصفات الاسم والجنسية والموطن والحمولة، وقد دعا ذلك الى تخصيص نظام قانوني لها أشبه ما يكون بالنظام الذي تخضع له العقارات لاسيما وأن السفينة تعتبر من الاموال الهامة التي تؤدي دورا فعالا في الحياة الاقتصادية للدولة، مما يستوجب وضع قواعد محددة و دقيقة للتحكم في المعاملات التي ترد عليها . وأهم ما يميز النظام القانوني الذي تخضع له المعاملات الواردة على السفن هو تعدد الاشكال التي فرضها المشرع على المعاملات الواردة عليها كالشكل الرسمي المشترط لانتقال ملكية السفينة و تسجيل السفينة في ميناء ربطها والترخيص الاداري المسبق لشراء السفينة . و من خلال المادتين 49 من القانون البحري و 12 من قانون التوثيق نلاحظ أن كافة التصرفات التي تتعلق بنقل ملكية السفينة بالبيع أو التنازل يجب أن تحرر في عقد رسمي لدى الموثق، فالرسمية هنا تحقق الغرض الذي يسعى اليه المشرع والمتمثل في مراقبة التصرفات الواردة على السفن و توجيهها لتحقيق المصلحة العامة، كما أن أهمية السفينة بالنسبة للافراد تتطلب أن تكون التصرفات الواردة عليها واضحة و بعيدة عن الغموض والنزاعات، و يساهم الشكل بدرجة كبيرة في تحقيق هذه الغاية، اذ يسهل اثبات انتقال الملكية والاثار المترتبة على ذلك، فبصفة عامة كل تنازل عن السفينة سواء اتخذ شكل البيع أو الهبة و سواء ورد على سفينة في طور البناء أو بعد اكتمالها يجب أن يحرر في شكل رسمي والا كان باطلا. و يلاحظ أن الرسمية هنا مشترطة لصحة العقد و ليس لاثباته، فتخلفها يؤدي الى بطلان العقد بطلانا مطلقا ، فلا يجوز أن يكون العقد اذن قد تم شفاهة أو حتى بسند عرفي، و هذا عكس ما هو موجود في القانون المصري (1) والسوري (2) حيث أن بيع السفينة هو عقد رضائي يكفي لانعقاده تطابق الايجاب والقبول .

---

1) — علي جمال الدين عوض، القانون البحري، دار النهضة العربية، 1969، ص 34، علي حسن يونس، العقود التجارية ، 1973 ، ص 16 .

2) — هشام فرعون ، القانون البحري، دمشق، 1975 ، 1976 ، ص 35، الياس حداد ، القانون التجاري ، دمشق ، 1980 ، 1981 ، ص 399 .

أما فى القانون الفرنسى فلم تكن الكتابة مشترطة فى عقد بيع السفينة قبل صدور القانون التجارى فى 3 جانفى 1967 ، وبعد صدور هذا القانون اشترط فى المادة 10 منه على وجوب كتابة العقد من أجل صحته فتحولت الكتابة بذلك الى ركن فى العقد يترتب على تخلفها بطلانه (1) .

ان العقد المتضمن نقل ملكية السفينة يجب أن يشتمل على بعض المعلومات التى حددها القانون كنوع السفينة و سعتها و مداخلها و مخارجها و أسماء المالكين السابقين ان وجدوا (المادة 49 من القانون البحرى) كما أن ابرام العقد يتوقف على الحصول على رخصة ادارية سابقة المادة 50 من القانون البحرى (2) .

ب — رهن السفينة

السفينة مال ذو أهمية كبيرة لذلك كثيرا ما يعتمد عليها الدائنون فى استيفاء حقوقهم ، كما تسمح أهميتها هذه بتقديمها كضمان للوفاء بالديون عن طريق رهنها بكاملها أو فى جزء منها ، كما يجوز رهن السفينة و هى بعد فى دور

1) — رود بيير ، الوجيز فى القانون البحرى ، 1974 ، ص 64 .

2) — المادة 49 "ان العقود المنشئة أو المسقطة لحق الملكية أو الحقوق العينية الاخرى المترتبة على السفن أو حصصها يجب أن تثبت تحت طائلة البطلان بسند رسمى صادر عن الموثق يتضمن نوع السفن و سعتها و مداخلها و مخارجها و أسماء مالكيها السابقين و بقدر الامكان طابع و تاريخ عمليات نقل الملكية المتعاقبة ، و يكون قيدها الزاميا فى سجل السفن " .

— المادة 50 " ان امتلاك السفينة بطريق الشراء أو البناء يجب أن يكون موضوع تصريح يقدم الى السلطة الادارية البحرية المختصة فى ميناء التسجيل الذى سوف تسجل فيها السفينة . و تسلم هذه السلطة رخصة مسبقة " .

البنـــاء ، والرهن البحرى أساسه الاتفـــاق (1) .

و يشترط لصحة الرهن أن يكـون فى سنـد رسمى (2) ، فلا يجـوز الرهـن الشفوى أو بسند عـرفى بل لابـد من تحريـر عقـد الرهـن لدى الموثـق و تضمينـه كافة المعلومات التـى من شأنهـا تفريـد السفينـة المرهـونة كذكـر اسمهـا و حمولتهـا و موطنهـا الـخ . . . و يجـب أيضـا تعييـن محل الرهن و ما اذا كـان واردا على السفينـة كلهـا أو جزء منهـا الى جانب شهـر الرهـن فى سجـل السفـن . واشتراط المشـرع الشكل الرسمـى للرهـن ناتـج عـن رغبتـه فى تسهيـل اثبـاتـه واستبعـاد النزاعـات التى قـد تثـور بشأن وجـود الرهن و مـداه . كمـا نـص المشـرع المصرى[3] على رسميـة العقـد أيضـا أمـا المشرع الفرنسـى فقد اكتـفى باشتراط الكتابـة لصحـة الرهـن يستـوى أن تكـون رسميـة أو عرفيـة و بذلـك يجـوز أن يكـون سنـد الرهـن لامـر فينتقـل بالتظهيـر (4) .

ان اشتراط الشكلية فى التصرفات الواردة على السفن لـه ما يبرره ، فالسفينـــة ليســت مالا عاديـا بل تعتبـر من الاموال التـى لهـا طابع خـاص سواء من حيث طبيعتهـا أو أهميتهـا الاقتصاديـة .و اذا كانت السفينة ذات قيمـة كبيـرة بالنسبـة للافراد فـان أهميتها بالنسبة للدولة لا تقـل عـن ذلك ، اذ أن القطاع الاقتصـادى للملاحـة البحريـة و مختلـف الانشطـة التى يقـوم عليهـا تستدعـى ايجـاد قـواعد تسمـح بتحكـم الدولـة فى هذا النوع من الامـوال و احكـام الرقابـة على المعـاملات الواردة عليهـا ، و هذا ما يفسـر تعـدد الشكليـات التى فرضهـا المشرع علـى التعامل فيهـا .

---

1) — المادة 55 من القانـون البحـرى " يكـون الرهن البحرى تأمينـا اتفاقيـا يخول الدائن حقا عينيـا على السفينـــة".

2) — المادة 57 بحـرى "يجب ان يكون الرهن البحرى منشـأ بموجب سنـد رسمى صادر فقـط عن مالك السفينة الذى يجب أن يكـون متمتعـا بأهلية الرهن و الا عد باطلا " .

3) — جمال الدين عـوض ، القانون البحرى ، المرجع السابق ، ص 128 .

4) — موسـوعة داللـوز ، قانـون التجـارى ، 1957 لفـظ (NAVIRE) ص 582 الفقـرتـان 108 و 109 .

المبحث الثاني

الشكل العرفي

الشكل العرفي هو الشكل الذي استلزم المشرع أن تصاغ فيه بعض التصرفات وترك مهمة اعداده لاطراف التصرف دونما ضرورة تدخل موظف عام لتحريره ، ومثال للتصرفات التي أخضعها المشرع للشكل الكتابي العرفي : ايراد المرتب لمدى الحياة وعقد التمهين والاتفاقية الجماعية للعمل والاوراق التجارية .

واذا كان المشرع قد استوجب ايداع التصرف العرفي في محرر مكتوب وترك الحرية للاطراف في تحريره ، الا أن هذا لا يعني عدم خضوع التصرف العرفي لبعض القواعد الجوهرية التي يؤدي اغفالها الى عدم صحته ، كوجوب توقيع الاطراف عليه أو ضرورة احتوائه على بعض البيانات الاساسية أحيانا .

وسنعالج في المطلب الاول شروط صحة السند العرفي ثم نتطرق في المطلب الثاني الى تطبيقاته :

المطلب الاول

التصرف العرفي

ينص المشرع أحيانا على وجوب افراغ التصرف فى شكل كتابي ، و يترك مهمة القيام بذلك للافراد ، فلا يفرض عليهم الالتجاء الى موظف عام لتحرير تصرفهم كما هو الشأن فى التصرفات الرسمية ، بل يتولى المعنيون بالتصرف اعداد السند الذى يتضمن التصرف فى الشكل المطلوب ، و يسمى التصرف الشكلي هنا تصرفا شكليا عرفيا ، ان طبيعة الشكل العرفى تتمثل فى كونه بسيطا و سهلا فى اعداده ، فلا يستغرق وقتا طويلا و لا يتطلب تكاليف كبيرة . كما لا يخضع لقواعد صارمة و محددة فى تحريره ، و مثال لهذه التصرفات ما نصت عليه المادة 615 من القانون المدنى المتعلقة بايراد مرتب لمدى الحياة التى تشترط كتابة التصرف والا كان باطلا ، وكذلك المادتان 36 و 42 المتعلقتان بالتنازل و تحويل حق المؤلف والمادتان 50 و 58 من قانون تنظيم العلاقات العامة للعمل فى القطاع الخاص المتعلقتان بعقد التمهين والاتفاقية الجماعية للعمل ، والمواد 390 و 465 و 472 من القانون التجارى المتعلقة بالسفتجة والسند لامر والشيك .

- شروط صحة السند العرفى :

لم يشترط المشرع كقاعدة عامة شروطا خاصة لصحة السند العرفى ، كما أنه من غير الضرورى خضوع هذه الاشكال لقواعد الشكل الرسمى (1) لكنه اذا كان الشكل العرفى يخضع لمبدأ حرية الاشكال (PRINCIPE DE LA LIBERTE DES FORMES) الا أنه أحيانا قد يشترط ذكر بيانات معينة لصحة السند العرفى ، كما هو الحال بالنسبة للاوراق التجارية . و رغم أن النصوص القانونية لم تشترط شروطا معينة لصحة السند العرفى ، الا أن الاجماع يكاد ينعقد حول شرط التوقيع كشرط لابد منه لصحة سند التصرف الشكلى العرفى (2) .

---

1) — جورج فيد ركيره جيريبسر كلاسور مدنى ، 1979 ، المواد 1322 ، 1323 ، 1324 فقرة 13 .

2) — بلانيول و ريباره دراسة تطبيقية للقانون المدنى ، ط. 8 لاسمان (ESMEIN) ، 1954 ، ص 875 .

قبل التطرق الى بعض المسائل التي يثيرها التوقيع ، سنتعرض الى دراسة هيكل السند العرفي .

1 — مظهر السند العرفي

لا يشترط مبدئيا خضوع السند العرفي لنوع معين من الشروط سواء من حيث المادة التي يكتب عليها أو تلك التي يكتب بها ، فيجوز استعمال أية مادة تصلح للكتابة عليها سواء كانت من ورق أو جلد أو زجاج أو حجر الخ . . . (1) ، الا أنه عادة ما تستعمل الاوراق لتحرير مضمون التصرفات الكتابية نظرا لما تمتاز به من سهولة الكتابة عليها و وضوح محتوياتها . و بالنسبة للمادة التي يكتب بها السند يجوز أن تكون قلم حبر أو قلم رصاص أو أي مادة أخرى ، كما أن لونها لا يهم ، و لا يشترط أيضا استعمال طريقة معينة لتحرير السند فيجوز أن يكتب باليد أو الالة أو الطباعة . و هذه المسائل كلها تظل خاضعة لسلطة القاضي الذي يقدر مدى وضوحها و جديتها و قابليتها لكي تصلح كسند لتصرف عرفي (2) . و فيما يتعلق بالشخص الذي يقوم بكتابة السند فلا يهم أن يكون موظفا عاما أو شخصا عاديا ، من الاطراف أو أجنبي عنهم ، و لا تشترط فيه أهلية معينة لانه مجرد محرر ينقل أفكار الغير ، لذلك لا تقوم مسئوليته نتيجة قيامه بكتابة السند العرفي ، الا أنه استثناء قد تقوم مسئوليته طبقا للقواعد العامة اذا ارتكب خطئا و ذلك في حالة ما اذا لم يكن مجرد محرر بل يقع عليه التزام باعلام الاطراف بما ورد في السند . و قد حكمت محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه و قالت : "ان قضاة الموضوع قد أصابوا عندما حكموا بقيام مسئولية شركة قانونية و ضريبية قبلت تحرير سند عرفي و لم يخطر المحرر أحد طرفي التصرف ببطلان كان يعرفها" (نقض مدني فرنسي في 18 — 07 — 1967) (3) . و بالنسبة للغة التي يكتب بها السند العرفي فلا تهم اذ يجوز كتابته باية لغة كانت بل حتى لو كانت لهجة أو رموز اصطلاحية يتفق عليها

---

1) — جورج فيد ركير ، جيريس كلاسور مدني ، 1979 المادتان 1324 و 1322 ، رقم 9 .
أنظر أيضا وحيد الدين سيوار ، مصادر الالتزام ، جزء 1 ، المرجع السابق ، ص 214 .

2) — جورج فيد ركير ، جيريس كلاسور مدني 1979 المادتان 1322 و 1324 ، رقم 13 .

3) — جورج فيد ركير ، جيريس كلاسور مدني 1979 المادتان 1322 و 1324 برقم 8 .

الاطراف ، بشرط أن تكون دالة على مفهوم معين و معترف بها من الاطراف . واذا كتب السند العرفى بلغة غير العربية و قدم للقضاء أو للتسجيل فقد يتطلب الوضع تقديم ترجمته الرسمية بالعربية . وبالنسبة للتقييس والوزن يبدو أن النظام المشرى واجب الاستعمال (1) .

2 — تحرير السند :

لم يحدد المشرع أيضا قواعد معينة لكتابة السند العرفى ، كما أن القواعد المتبعة فى تحرير السندات الرسمية غير واجبة الاتباع ، و هذا ما يجعل تحرير السند جائزا باية كيفية كانت ، بشرط أن يعبر بوضوح عن ارادة الاطراف ، و هنا تثور مسألة الاضافات و الحشر و الشطب و الكتابة بين السطور أو على الهامش ، فهل يجوز ذلك أم لا ؟ يبدو أن هذه المسائل لا تؤدي الى بطلان التصرف ، فيجوز بالتالى اضافة كلمة أو شطب عبارة أو تصحيحها الخ ... بشرط أن يكون مضمونها منسجما مع محتوى السند و لا تعارض بينه و لا يثير أى شك حول صحته ، و تبقى المسألة لقاضى الموضوع الذى يقدر مدى صحة السند أو بطلانه حسب الاحوال ، فاذا كان مثلا السند لا يستكمل مضمونه الا بالعبارة المضافة أو المشطوبة ، فان هذه العبارة تكون باطلة ولا تهم الصورة التى كتبت بها ، و نفس الوضع بالنسبة للجمل الاعتراضية (2) . ولا يشترط قراءة السند على الاطراف عند تحريره ، كما أن عدم ذكر تاريخ انشائه لا يؤدى الى بطلان التصرف الا فى الحالات التى نص عليها القانون . أما تسجيل السند و وضع الطابع عليه فهما مبدئيا لا يؤديان الى بطلان التصرف ، لكن قد يخضع المخالف الى عقوبة الغرامة كما يؤدى الى عدم اكتساب السند لتاريخ ثابت .

---

1) — جورج فيدركير ، جيريس كلاسور مدنى ، المرجع السابق ، رقم 11 .

WIEDERKEHR, (G), J.C. CIVIL, 1979, CONTRATS ET OBLIGATIONS ART. 1322 -1324, FASC B

2) — جورج فيدركير جريس كلاسور مدنى ، المرجع السابق رقم 14 . n° 139

3 — التوقيع (LA SIGNATURE)

لم يشترط المشرع صراحة توقيع السند العرفي ، الا أن هذا يستنتج ضمنيا ، فالتوقيع هو العنصر المادى الملموس الذى يدل قطعا على وجود التصرف وجديته ، فهو ليس الارادة ذاتها ، لكن دليلا على وجودها ، ويعرف التوقيع بأنه علامة مميزة لصاحبه يعرف بها عادة ، ويتمثل فى كتابة بخط اليد للقب الموقع متبوعا باسمه أو بدونه (1) ولا يشترط كتابة اللقب بكامله بل يكفي التوقيع الذى يدل بوضوح عن شخص الموقع .

وكقاعدة عامة ، لا يجوز التوقيع بالاسم الشخصى أو الاسم المستعار ، الا أنه لا يوجد نص قانونى يمنع هذا ، لذلك يصح أحيانا التوقيع بهما اذا كان التوقيع بهما يدل بصفة قاطعة على شخص الموقع وارادته ، وخلاصة القول هو أن التوقيع يبقى مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع فيجوز الحكم بصحة توقيع بالاسم الشخصى بين الاقارب مثلا .

التوقيع بالبصمات وورق الكاربون :

ان التوقيع عن طريق بصمة الاصبع أو بورق الكاربون يثير بعض الصعوبات فالتوقيع ببصمة الاصبع ، ولو أنه يعتبر علامة مميزة لصاحبه ، لكنه لا يدل على اتجاه الارادة بصفة قطعية ، فقد يضع الشخص بصمة اصبعه بدون قصد اجراء التصرف ، لذلك فالقضاء الفرنسى يرفض اعتبارها توقيعا (نقضى مدنى فرنسى فى 15 /5/ 1934)[2] الا أنه لا يوجد نص فى القانون يمنع هذا مما يجعل التوقيع ببصمة الاصبع صحيحا ، خاصة وأنه منتشر بكثرة فى وسط الاميين ، ونفس الشئ يقال بالنسبة للتوقيع بالختم ، ولو أن القانون يجيز هذا عادة كما هو الحال فى الاوراق التجارية

---

1) — جورج فيد ركير ، جيريس كلاسور مدنى المادتان 1324 و 1322 ، رقم 25 .

2) — جورج فيد ركير ، جيريس كلاسور مدنى المادتان 1324 و 1322 رقم 27 .

أما المسألة الثانية فهي تتعلق بالتوقيع بورق الكاربون ، اذ ما حكم توقيع استنسخ بواسطة ورق الكاربون ؟ لقد اختلف القضاء الفرنسي بشأن صحته ؛ فقد حكمت محكمة رين (RENNES) بصحة توقيع بالكاربون، و مما جاء في حكمها : "ان التوقيع بورق الكاربون للنسخة ثانية يساوي حركة يدوية ، كما لو أن التوقيع جرى بقلمين في نفس الوقت " (دالوز 1958 فقرة 631) (1) . بينما حكمت محكمة تولوز (TOULOUSE) ببطلان هذا النوع من التوقيع و قالت بهذا الشأن مايلي : "ان وجود توقيع منسوخ بورق الكاربون سهل للتزوير ، و لا يدل على قبول الموقع للسند (2) . و يبدو أن التوقيع ببصمة الاصبع أو بورق الكاربون اذا كان يثير الشك في مدى صحته أو أنه سهل لتزويره أو عدم دلالته على اتجاه الارادة ، الا أنه رغم ذلك فهو يظل توقيعا صحيحا متى كانت الظروف تدل على صحته ، و تبقى المسألة لقاضي الموضوع في تقدير ذلك ، فضلا عن أن التوقيع ببصمة الاصبع يكثر استعماله من طرف الاشخاص الاميين الى جانب كونه يعتبر علامة مميزة لصاحبه .

مكان التوقيع في السند

(PLACE DE LA SIGNATURE)

ان الهدف من التوقيع هو الدلالة على قبول الموقع لما ورد في سند التصرف بكاملة ، لذلك يتعين ان يوضع التوقيع في أسفل السند لكي يدل بصفة قاطعة على قبول الموقع بما ورد أعلاه ، و مع ذلك لا يكون التوقيع باطلا اذا وضع في مكان آخر.

---

1) — حكم محكمة رين (RENNES) "LA Signature d'un second acte par l'intermi-diaire d'un papier carbone répond à l'exigence d'un mouvement de la main ..... tout comme si la signature animait simultanément deux plumes"

2) — حكم محكمة تولوز ("La présence d'une signature décalquée au papier carbone dont l'apposition est susceptible de falsifications faciles, ne démon[tre] pas l'adhésion de son scripteur à l'acte où elle figure"

من السند ، كأن يوضع على الهامش أو فى أعلى السند ، ويبقى للقاضى سلطة تقدير مدى صحة التوقيع . وفى حالة تعدد صفحات السند ، فالاصل هو أن يتم التوقيع على كل صفحة ، لكن اذا وجدت رابطة مادية أو معنوية بين هذه الصفحات تدل على وحدة السند فهنا يكفى توقيع صفحة واحدة منها .
وقد حكمت محكمة باريس فى قضية احتوى فيها السند على ورقتين وقع على الاولى دون الثانية ، ولم يكن هناك ما يدل على وجود رابطة مادية أو معنوية بينهما فقالت أن القضية هنا تعتبر مشتملة على سندين (1) .

وبالنسبة لزمن التوقيع ومكانه فلا يشترط بالضرورة توقيع السند عند تاريخ انشائه واذا تعددت التوقيعات فلا يتطلب الوضع أن تكون فى يوم واحد ، لكن يتعين ذكر تاريخ كل توقيع . وفيما يتعلق بمكان انشاء السند فلا يشترط أيضا أن يحدث التوقيع فى هذا المكان ، فهناك اذن حرية فى اجراء التوقيع بالنسبة لتاريخ ومكان انشاء سند التصرف ، وتودى بنا هذه النتيجة الى امكانية تفسير اجازة التوقيع على بياض ، وهو توقيع يوضع على السند قبل تحرير محتوى التصرف ، وقد عرفته محكمة النقض الفرنسية ، الغرفة الجنائية ، بأنه توقيع يعطى مسبقا لاقرار سند خاص بوضعه عليه (2) ، (نقض جنائى فى 11 مارس 1825) . ومع ذلك فان التوقيع على بياض قد يثير بعض المشاكل نظرا لسهولة تزوير مضمون السند أو تغيير محتواه ، وهذا ما جعله محل نقد أول الامر فى فرنسا ، الا أنه أصبح جائزا فى الوقت الحالى (3) لكثرة استعماله وشيوع تداوله فى الواقع العملى .

---

1) — نقض مدنى فرنسى فى 19 فبراير 1971 ، جيريس كلاسور مدنى ، 1971 ص 80 .
- J.C.P civil , 1971 ; fasc..IV ,

2) — " Le blanc seing est une écriture donnée d'avance pour ratifier une écriture privée qui peut être placée au- dessus" .

3) — بلانيول وريبار ، دراسة تطبيقية للقانون المدنى ، المرجع السابق ، ص 898 .

المطلب الثاني

الشكل الاتفاقي

وهي شكلية ترجع الى ارادة أطراف التصرف (1) حيث يتفق طرفا التصرف على وجوب أفراغ التصرف في شكل معين ، كتحريره لدى الموثق أو في سند عرفي ، رغم أن القانون لم يشترط هذا الشكل . وغالبا ما يقع هذا عندما يكون التصرف ذا أهمية كبيرة بالنسبة لاطرافه ، فليجأن بقصد الحفاظ على حقوقهم وتحديد التزاماتهم بشكل دقيق، تفاديا لما قد ينشأ عن نزاع بينهم حول مضمونه أو تفسيره أو اثباته الخ ... الى ايداعه في محرر مكتوب رسمي أو عرفي . ومثال ذلك أن يتفق المؤجر والمستأجر في عقد ابتدائي على ابرام عقد الايجار النهائي لدى الموثق ، وقد يكون شرط الشكلية واردا في العقد النهائي ويتعلق بمسائل قد تقع في المستقبل كأن يتفق في المثال أعلاه أن يكون تنبيه الاخلاء بمحرر رسمي ، فهنا لا يجوز التنبيه بوسيلة أخرى كالسند العرفي (2) . لكن يجب أن يكون الشكل قد قصد به المتعاقدان صحة التصرف وليس مجرد تسهيل اثباته ، فاذا وقع شك حول الغرض الذي قصده المتعاقدان من أشتراط الشكل ، فيرجع الامر للقاضي في أستخلاص ذلك من الوقائع والقرائن وكل الظروف التي تحيط بالتصرف ، فاذا لم يتمكن القاضي من الوصول الى تحديد قصد المتعاقدين من اشتراط الشكل ، فيرجع الى الاصل ، وبما أن الاصل في التصرف هو الرضائية ، فيفترض أن الشكل الذي أشترطه الطرفان قصد به اعداد وتهيئة وسيلة لاثبات التزامهما وليس انعقاد التصرف ، وهذا بخلاف الوضع في القانون الالماني (المادتان 125 و 154) والقانون السويسري (المادة 16) حيث نص هذان القانونان على أنه في حالة اتفاق طرفي العقد على تحريره في سند خطي ولم يحددا ما اذا كانا يقصدان من ذلك انعقاد العقد أو اثباته ، فهنا يفترض أن الكتابة للانعقاد ، فلا يعتبر التصرف موجودا الا اذا حرر في سند مكتوب (3) .

---

1) — مازو ، دروس في القانون المدني ، جزء II ، المرجع السابق ، ص 63 ،
2) — سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق ، ص 202 .

3) — بلانيول وريبار ، الالتزامات ، المرجع السابق ، ص 124 .

المطلب الثالث

العقــود العينيــة (CONTRATS REELS)

العقود العينيـة هـى عقـود تنعقـد بتسليم العيـن محـل الالتـزام ، و يرجـع أصـل هـذه العقـود الـى القانـون الرومانـى الـذى عـرف فئـة مـن العقـود لا تتـم الا اذا سلـم الشئ محـل الالتـزام . و تشمـل هذه العقـود لـدى الرومـان العقـود الاتيـــة : عقـد العاريـة (COMMODUM) و القـرض الاستهـلاكـى (MUTUUM) والوديعـة (DEPOSITUM) و الرهـن الحيـازى (PIGNUS) . و قـد احتفـظ التقنين المدنى الفرنسـى لسنـة 1804 بهـذه العقـود فـى المواد 1875 (العاريـة) 1892 (القرض الاستهـلاكـى) ، 1915 (الوديعـة) ، 2071 (الرهـن الحيازى) (1) .

و قـد قيـل أن الاسـاس الذى تقـوم عليـه هذه العقـود يرجـع لطبيعتهـا التى تتطلـب تسليم العيـن محـل الالتـزام لكـي ينعقـد العقـد ، فوفقـا لهـذا الاسـاس لا يمكـن أن يتـم العقـد اذا لـم يقـم الطـرف الملتـزم بتسليـم العيـن بتنفيـذ الالتـزام بالتسليـم الـى الطـرف الاخـر ، لان الطـرف الاخـر ، و هـو الملتـزم بـرد الشئ محـل العقـد، يستحيـل عليـه رد هـذا الشئ اذا لـم يكـن قـد تسلمـه ، لذلـك لا يتصـور قيـام العقـد بـدون تسليـم العيـن . فالمستعيـر مثلا لا يمكـن أن ينفـذ التزامـه بـرد العاريـة اذا لـم يكـن قـد تسلمهـا ، و كذلـك المقتـرض لا يمكنـه رد مبلـغ القـرض اذا لـم يكـن قـد تسلمـه (2) . و يكـون التسليـم بوضـع العيـن محـل الالتـزام تحـت تصرف الطـرف الاخـر ، فالتسليـم فـى هـذه العقـود يعتبـر عنصـرا جوهريـا لا يمكـن الاستغنـاء عنـه لابـرام العقـد .

---

1) — مـارتى و رينـو ، القـانون المدنـى ، جـزء اا ، الالتـزامات ، 1962 ، ص 48 .

MARTY et RAYNAUD, droit civil, tome II , les obligations . 1962

2) — مـازو ، دروس فـى القانـون المدنـى ، جـزء اا ، 1965 ، ص 68 .

MAZEAUD, leçons de droit civil, tome II . 1965.

نقد هذا المفهوم

وقد وجهت انتقادات حادة الى هذا المفهوم ، فمعظم الفقهاء المعاصرين يرون أن هذه العقود انما هي عقود رضائية ، واذا كانت عقودا عينية بالفعل في القانون الروماني ، فذلك راجع لكون القانون الروماني كان قانونا شكليا ، فاعتبر التسليم نوعا من الشكليات شأنه شأن الالفاظ والطقوس والكتابة التي كانت لازمة لانعقاد مختلف العقود أما الشرائع المعاصرة فقد تبنت مبدأ الرضائية ، فلا داعي للقول بأن تسليم العين عنصر جوهري وركن في ابرام العقد ، اذ التسليم ما هو سوى تنفيذ للالتزام ، فيجب عدم الخلط بين انعقاد العقد وبدء تنفيذه . فالعقود العينية ما هي سوى عقود رضائية يكفي الرضا وحده لانشائها ، ويبقى تنفيذها الذي يرتكز على تسليم العين وهو شئ سوى بالنسبة لانعقاد العقد (1). فالمقترض يلتزم برد القرض كما يلتزم المقرض بتسليمه اليه . الى جانب أن هناك عقودا أخرى للتسليم فيها دورا أساسيا ومع ذلك لم يقل أحد أنها عقودا عينية ، مثال ذلك عقد الايجار ، فالمستأجر يلتزم بالمحافظة على العين ، وهو لا يستطيع القيام بهذه المحافظة الا بعد تسليم العين ، ومع ذلك فالايجار عقد رضائي . وقد حاول أنصار العقد العيني تفادي هذه الانتقادات بقولهم أنه قبل تسليم العين محل الالتزام ، هناك بعض الالتزامات التي ترتبط بمجال التراضي ، وهي التزامات تترتب على وعد رضائي بابرام عقد عيني . الا أن هذه الحجة ليست وجيهة فالوعد بعقد عيني لا يمكن أن يتم اذن الا بتسليم العين ، اذ الوعد يتخذ نفس الشكل المقرر للعقد النهائي ، وهنا اذا لم يقع التسليم فلا يوجد وعد .

---

(1) — مازو ، دروس في القانون المدني ، جزء II ، 1965 ، ص 65 ، كودمي GAUDMET النظرية العامة للالتزامات ، ص 29 ، ستارك (B. STARCK) ، القانون المدني ، الالتزامات ، 1972 ، ص 377 .

ونتيجة لهذه الانتقادات لمفهوم العقود العينية ، فقد سارت هذه العقود نحو الاختفاء ، فقد قللت منها معظم التشريعات والبعض لم يأخذ بها . فلم ينص القانون الجزائري على عقود تنعقد بتسليم الشئ ، والقانون المصري لم يستبق سوى هبة المنقول (المادة 2/456 مدني) وفي القانون السوري يوجد عقدان هما رهن الحيازي للمنقول (المادة 1030 مدني سوري) والرهن الحيازي للعقار (المادة 1055 مدني سوري) (1) ، كما أن القانون الالماني يعترف بعقدين عينيين هما القرض ورهن الحيازة ، أما القانون السويسري فقد اعترف بعقد عيني واحد هو الرهن الحيازي بينما احتفظ القانون الفرنسي ، كما سبق أن ذكرنا ، بأربعة عقود عينية هي : عقد العارية (المادة 1875 مدني) والقرض الاستهلاكي (المادة 1992 مدني) والوديعة (المادة 1915 مدني) والرهن الحيازي (المادة 2571 مدني) . كما وقع خلاف حول عقد نقل البضائع بشأن طبيعته هل هو عقد عيني أم رضائي ، حيث يرى معظم الفقهاء الفرنسيون أنه عقد رضائي بينما يرى ليون كاين ورينو (RENAULD ET LEON CAEN) بأنه عقد عيني لان الالتزام بالحراسة يستلزم ضرورة تسليم البضاعة ، أما روديار (RODIERE) فيرى أنه يوجد عقد عيني واحد فقط وهو هبة المنقول والذي لا يمكن أن ينشأ الا بتسليم العين ، وهو عقد لا يجوز الوعد فيه الا اذا حرر في شكل رسمي (2) . فرغم أن القانون الفرنسي ينص على الشكل الرسمي لعقد الهبة الا أن القضاء يعترف بهبة المنقول اذا سلمت للموهوب له ، فالتسليم هنا شرط لصحة الهبة اليدوية (3) .

---

1) — السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، جزء 1 ، مصادر الالتزام ، 1978 ، ص 167 .

2) — روديار ، عقد النقل ، سيراي 1955 ص 76 الى 78 فقرات 408 و 409 و 410 .

3) — مازو ، دروس في القانون المدني ، جزء 2 ، 1966 ، ص 698 .

المبحث الثاني تطبيقات الشكل العرفي

المطلب الاول المرتب لمدى الحياة

المرتب لمدى الحياة هو ايراد يدفعه شخص يسمى المدين بالايراد الى شخص آخر يسمى الدائن بالايراد أو المستفيد ، وهو يحدد عادة لمدى حياة المستفيد وقد يكون لمدى حياة الدائن به أو شخص آخر ، والمرتب لمدى الحياة مال منقول قد يكون أصله تصرف قانوني كالبيع أو الهبة وقد يكون أصله واقعة مادية كحوادث العمل .

وقد نصت المادة 615 مدني على مايلي : "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا الا اذا كان مكتوبا وهذا دون الاخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع". فقد اشترط المشرع لصحة ايراد مرتب مدى الحياة أن يكون مكتوبا ويستوى أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية فالشرط الجوهري أن يودع العقد في محرر مكتوب أي أنه لا يجوز أن يتم بالتراضي ، والحكمة من اشتراط الشكل الكتابي لهذا التصرف هو أن ايراد مرتب لمدى الحياة هو تصرف احتمالي من حيث انتهائه ، فهو يتوقف على حادثة الوفاة لانقضائه ، وهذه الحادثة ولو كانت محققة الوقوع الا أن ميعاد حدوثها يظل غير معروف ، ونظرا لارتباط حقوق والتزامات الاطراف بهذه الواقعة المستقبلية التي قد يطول ميعاد حدوثها وقد يتغير أطراف التصرف اثناء هذه المدة كوفاة أحدهم (الذي لم يربط الايراد بحياته) ، فيكون حفظ الحقوق والالتزامات وبقية الشروط التي يتضمنها التصرف من الضروري ايداعها في محرر مكتوب بدل الاعتماد على الذاكرة .
فالمحرر المكتوب يسمح اذن بحفظ حقوق والتزامات الاطراف وتسهيل اثباتها وتفسيرها مهما طالت مدة وقوع حادثة الوفاة (1) . والمرتب لمدى الحياة هو عقد شكلي أيضا في التقنينات العربية كالقانون المدني المصري المادة 743 والقانون المدني الليبي المادة 743 والقانون المدني السوري المادة 709 والقانون المدني العراقي المادة 979 عدا القانون اللبناني الذي يعتبره عقدا رضائيا ، أما في القانون الفرنسي فالمرتب لمدى الحياة هو عقد رضائي ولا تشترط فيه الكتابة لصحته .

---

1) — راجع ، السنهوري ، شرح القانون المدني ، عقود الغرر ، الجزء 7 ، المجلد الثاني ص 1056 ، فقرة 525 ، طبعة دار احياء التراث العربي 1973 .

المطلـــب الثانـــي

عقـــود العمـــل

1) — عقـــد العمـــل الجماعـــي

يبـرم عقـد العمل الجماعـي بيـن نقابـة العمـل و صاحـب العمـل بقصـد تنظيم شـروط العمـل، كتحديـد الحـد الادنـى للاجـور وساعـات العمل و شروط تعديـل العقـد . و فـى القانون الجزائـرى يبرم عقـد العمـل الجماعـى أو الاتفاقيـة الجماعيـة للعمـل ، بيـن هيئـة تابعـة للاتحـاد الهـام للعمـال الجزائريين و بيـن صاحـب عمـل واحد أو أكثـر(1). و من مزايـا عقـد العمـل الجماعـى هو أنه أقـرب الـى اوضاع العمـال و ظـروف العمـل ، فهـو يخـدم العمـال لان النقابـة العماليـة هـى التـى تتعاقـد فتكـون فـى مركـز أقـوى مـن مركـز العامل بمفرده و تتفـادى بذلـك الشـروط المجحفـة التـى قد يتعـرض لهـا العامـل ، كمـا يخـدم من جهـة أخـرى مصلحـة أصحـاب العمـل بحيـث تتسـاوى ظـروف العمـل لعـدد مـن العمـال و تحـقق بذلـك استقـرار العمـال كمـا تقـلل من لجـوء العمـال الـى الاضراب ، و هـذا ما جعـل البعـض يسمـى الاتفـاقيـة الجماعيـة للعمـل بمعاهـدة سلـم (2) . و قـد اشتـرط القانـون الجزائـرى الشكـل الكتابـى لصحـة الاتفاقية الجماعيـة للعمـل حيـث استلزمـت المادة 86 مـن الامـر رقـم 31/75 المؤرخ فـى 29 أفريـل 1975 المتضمـن الشـروط العامـة لعـلاقـات العمـل فـى القطـاع الخـاص، وجـوب كتابـة الاتفاقيـة الجماعيـة للعمـل مـن أجـل صحتهـا (3) .

---

1) — المـادة 85 مـن الامـر رقـم 31/75 : " ان الاتفاقيـات الجماعيـة للعمـل هـى اتفاق يتعلـق بشروط العمل ، مبرم بين هيئة الاتحاد العام للعمال الجزئريـن و صاحب عمـل واحد أو أكثـر " .

2) — أحمـد سلامـة ، شـرح قـانون العمـل ، 1959 ، ص 78 .

3) — المادة 86 مـن الامـر رقم 31/75 : " يجب ان تكون الاتفاقيـة الجماعية للعمـل مكتوبـة ، و تبـرم لمدة غيـر محدودة . و يمكن ان تنهى اتفاقية الجماعية بمبادرة أحد الطرفيـن . و يجب ان ينص فـى الاتفاقية علـى الاوضاع التى يمكن انها فسخها او تجديدها او اعادة النظـر فيها و لا سيما مدة الاخطار السابق للفسخ . و على كل الاحوال ، فان الفسخ أو اعادة النظر لا يمكن ان يطرأ قبل مرور سنتين من التوقيع علـى الاتفاقيـة ".

فعقد العمل الجماعي اذن هو عقد شكلي و ليس رضائي و يبرر الشكل هنا على أساس أن عقد العمل الجماعي يشمل عددا كبيرا من العمال فهو يكتسي أهمية بالغة لا سيما بالنسبة للعمال ، كما أن عقد العمل الجماعي ليس عقدا بالمعنى الحقيقي بل هو بمثابة دستور يضع الشروط التي يجب أن يلتزم بها أرباب العمل عند ابرامهم لعقود العمل، و لهذا يسمى اتفاقية (1) .

كما أنه يتضمن أحكاما و شروطا عديدة تتعلق بالاجور و ساعات العمل الاصلية و الاضافية و الاجازات و التسريح الخ . . . و هذه التفاصيل كلها تستدعي وجود محرر مكتوب لحفظ الشروط المتفق عليها و تيسير تفسيرها و تسهيل اثباتها ، الى جانب ان السند المكتوب يسمح للسلطة الادارية و القضائية بالرقابة على عدم مخالفة بنود الاتفاقية لاحكام القانون ، اذ أنه يجوز أن يتضمن العقد شروطا أكثر فائدة للعمال لكن ليس له أن يتضمن شروطا تضر بالعامل او تخالف القانون ، كأن تمس بالحد الادنى المحدد للاجور أو تخالف شروط استخدام الاحداث و النساء كما يخضع العقد الى مصادقة وزير العمل و تودع نسخ منه بالمحكمة مقر ابرامه (المادة 87 من الامر المتضمن علاقات العمل للقطاع الخاص) .

و قد اشترط القانون المصري أيضا الشكل الكتابي لصحة الاتفاقية الجماعية للعمل و هي تصبح ملزمة من تاريخ تسجيلها و نشر ملخص عنها في الجريدة الرسمية (2) . أما في فرنسا فقد كان أول قانون نظمها هو قانون 25 مارس 1919 و تناولتها القوانين التي تلته بالتعديل و التوسيع كقانون 24 جوان 1936 و قانون 23 ديسمبر 1946 ثم قانون 11 فبراير 1951 و قد اشترط هذا الاخير الكتابة لصحة العقد (3) .

---

1) — علي عوض ، شرح قانون العمل الجزائري ، ص 185 و ما بعدها .

2) — أحمد سلامة ، شرح قانون العمل ، المرجع السابق ، ص 92 .

3) — موسوعة داللوز ، القانون الاجتماعي ، 1960 ، ص 676 .

Contrat collectif de travail, encyclopédie dalloz, droit social 1960.

2 — عقد التمهين

عقد التمهين أو عقد التدريب ، هو عقد يلتزم بمقتضاه صاحب مهنة بالاشراف على تدريب شخص قاصر من أجل اعداده لممارسة المهنة مستقبلا . و هو يعتبر الاطار التقليدى لتعليم القصر و تأهيلهم لمهنة معينة . و يتسم بالصبغة العائلية (1) . و يختلف عقد التمهين عن عقد العمل من حيث الغرض الذى يهدف اليه كل منهما ، فعقد التمهين هدفه الاساسى هو اعطاء المتدرب القاصر تكوينا مهنيا و اعداده لممارسة مهنة معينة فى المستقبل بخلاف عقد العمل الذى يهدف الى قيام العامل بتقديم خدمات مقابل أجر .

و قد أدى تطور المجتمعات الى تنوع و تعقد كبير فى المهن مما جعل الوضع يتطلب ايجاد اليد العاملة المؤهلة لمواجهة هذا الوضع . و هنا يبرز الدور الهام الذى تؤديه عملية التمهين . ان عقد التمهين فى القوانين الحديثة لم يبق على وضعيته التقليدية ، فقد أدخلت عليه تعديلات عميقة الى جانب تقلص نطاقه نظرا لظهور المؤسسات العامة التى أصبحت تتولى الاشراف على عملية تمهين و تدريب القصر .

و بالنسبة للركن الشكلى فى عقد التمهين ، فهو يستنتج من المادة 50 من الامر رقم 31/75 المؤرخ فى 29 أفريل 1975 المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل فى القطاع الخاص ، حيث جاء فيها ما يلى : " ... عقد التمهين يحرر و يؤشر عليه المجلس الشعبى البلدى ... " . و كذلك المادة 11 من القانون رقم 07/81 المؤرخ فى 27 جوان 1981 حيث نصت : " يكون عقد التمهين مكتوبا و موقعا من قبل المستخدم والمتمهن و وليه الشرعى ... " .

---

1) — كاميرلينك و ليون كايين ، الوجيز فى عقد العمل ، داللوز 1973 ، ص 73 ز فما بعدها .

-CAMERLINCK et LEON CAEN, Précis de droit du travail, DALLOZ, 1973

فعلى أساس هاتين المادتين لا يمكن تصور نشوء عقد التمهين صحيحا الا اذا كان مكتوبا ، لان توقيع العقد و تأشير المجلس الشعبي البلدي عليه يستلزم ضرورة كتابته . والغرض من اشتراط الكتابة في عقد التمهين هو حماية القصر المتدربين من استغلال ارباب العمل . فالكتابة تسمح للجهات الادارية المعنية ، كمفتشية العمل و المجلس الشعبي البلدي وكذلك للقضاء بالرقابة على مدى التزام صاحب العمل باحكام القانون المقررة لحماية القصر ، كما أنها تسهل اثبات العقد وتحديد مضمونه و تيسير تفسيره .

من التشريعات التي نصت على وجوب الكتابة لصحة عقد التمهين قانون الشغل التونسي لسنة 1966 المادة 344 والقانون الفرنسي الصادر في 22 فبراير 1851 وهو أول قانون نظم عقد التمهين في فرنسا ثم تلاه قانون 20 مارس 1922 الذى اشترط الكتابة لاثبات العقد فقط وبعد صدور قانون 16 جوليت 1971 المتعلق بعقد التمهين اشترط من جديد الكتابة لصحة العقد وليس للاثبات فقط .
(أنظر موسوعة القانون الاجتماعي و قانون العمل ، 1960 ، لفظ Apprentissage

(Répertoire droit social et droit de travail, 1960)

المطلب الثالث

عقود الملكية الادبية والصناعية والتجارية

وتشمل حقوق المخترعين والمؤلفين وهي حقوق ذهنية تعتبر منقولات معنوية تتركب من شقين ، جانب أدبي أو الحق الادبي للمخترع أو المؤلف وهو لصيق بشخصية صاحبه ولا يجوز التعامل فيه ، وشق مادي أو الحق المادي ويتضمن حق المخترع أو المؤلف في استغلال اختراعه أو تأليفه وهو الجانب القابل للتعامل والتصرف فيه . وتتميز العقود الواردة على الملكية الصناعية والادبية والفنية بأهميتها الاقتصادية والثقافية . مما يستدعي تشجيع انتشارها وتنظيمها بنصوص واضحة لحماية أصحابها . ويعتبر الشكل الكتابي من الادوات التي تحقق هذا الغرض ، وهذا ما جعل المشرع تحقيقا لهذا الهدف يفرض الشكل الكتابي على معظم التصرفات الواردة عليها ، الى جانب ان العقود الواردة على الملكية الصناعية والادبية والفنية عادة ما تتضمن بنودا كثيرة وشروطا وقيودا متنوعة يصعب حفظها وتحديد مضمونها ونطاقها اذا لم يكن العقد مكتوبا .

1) — حق المؤلف

نظم المشرع الجزائرى حق المؤلف بالامر رقم 14/73 المؤرخ فى 3 افريل 1973 ، حيث نصت المادة 36 منه على مايلى :" ... يتم تحويل الحق عن طريق عقد محرر ". كما جاء فى المادة 2/44 منه مايلي :" ... ولابد ان يكون هذا العقد مكتوبا والا وقع تحت طائلة البطلان ".

ان حق المؤلف منقول معنوى ينتمى الى فئة الحقوق الذهنية ، وهو يشتمل على شقين ، شق معنوى يعرف بالحق الادبي ، وهو لصيق بشخصية المؤلف وشق مادى يتمثل فى التصرف واستغلال المؤلف عن طريق التنازل عنه أو بواسطة عقد النشر .

أ — عقد التنازل عن حق المؤلف

لقد جاء فى المادة 36 من الامر رقم 14/73 السابق الذكر أن العقد الذى يتضمن تحويل أو التنازل عن حق المؤلف يتم فى شكل كتابي (المادة 36 :يتم تحويل الحق عن طريق عقد محرر) . لكن هل الكتابة هنا لصحة العقد أم لاثباته ؟ ان نص المادة غير واضح فى هذا الشأن مما يدل على ان الكتابة هنا مشترطة للاثبات[1] اذ أنه لم يذكر البطلان كجزاء لتخلف الكتابة ، ويرى الاستاذ ع . بن شنب أن هذا النص يوحى بأن الكتابة مشترطة لاثبات العقد وليست لصحته ،كما يرى ان هناك تناقض بين المادتين 36 و 44 من الامر المتعلق بحق المؤلف ، فالمادة الاولى تشترط الكتابة لاثبات عقد التنازل بينما المادة 44 تشترط الكتابة لصحة عقد النشر ، ويخلص الى القول بأن هذا التمييز بين عقد تحويل حق المؤلف وعقد النشر ليس له مقتضى، وبالتالى يتعين تعميم نص المادة 36 من الامر المذكور على كافة العقود الواردة على حق المؤلف بما فى ذلك عقد النشر .

---

1) — ع. بن شنب ،العقود وحق المؤلف فى الجزائر ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، سبتمبر 1983 ،ص 201 .

A. BENCHNEB, Les contrats et le droit d'Auteur en Algérie, R.A.S.J.E.P, 1983.

وما يمكن قوله حول رأي الاستاذ بن شنب هو أن التمييز الموجود بين عقد تحويل حق المؤلف وعقد النشر فيما يتعلق بشكلية العقد يبدو وليس له مبررا قويا وسببا واضحا يقتضي التفرقة بينهما ، فالعناصر التي يتضمنها حق المؤلف والمسائل المتعلقة بالتنازل لا تختلف عادة عن تلك الواردة في عقد النشر . الا أن تعميم نص المادة 36 على كافة العقود الواردة على حق المؤلف الذي يجعل الكتابة للصحة وليس للاثبات يبدو غير وجيه ، فأهمية المسائل التي يتضمنها حق المؤلف ، كتعيين نوع التنازل هل هو جزئي أم كلي ، وموضوع التنازل كالاشتقاق أو الترجمة أو تحويله الى فيلم أو مسرحية ، ووجوب تحديد هذه المسائل بدقة ووضوح ، يستلزم اشتراط الكتابة لانشاء عقد التنازل ، لاسيما أنه من الناحية العملية ، كما يرى الاستاذ بن شنب ، فان التنازل عادة ما يتم بين المؤلف ومؤسسة مما يجعل متطلبات تسيير المؤسسة وقواعد المحاسبة تقتضي تحرير العقد ، حيث لا يتصور ابرام هذا العقد شفاهة .

وبالنسبة للقانون المصري فقد اشترط الكتابة لصحة عقد التنازل نظرا لاهمية وتنوع المسائل التي يرد عليها هذا العقد وتفاديا لوقوع نزاعات بشأن تفسير ارادة طرفي العقد وتحديد مضمون ونطاق ومدة عقد التنازل (1) . كما اشترط أيضا القانون الفرنسي الكتابة لصحة عقد التنازل عن حق المؤلف ، ويستنتج ذلك من المادة 31 من قانون 30 مارس 1957 (2) ، والى جانب الكتابة يشترط ذكر بيانات معينة في العقد كموضوع التنازل ونطاقه ومكانه ومدته (3) .

---

1) — السنهوري ، الوسيط ، الجزء 8 ، 1973 ، ص 384 .

2) — روبير بليزنت ، جيريس كلاسور مدني ، ملحق III جزء 9 ، 19[illegible] رقم [illegible] .

Robert PLAISANT, J.C civil , Annexe III, fasci. 9 , N° 30

3) — روبير بليزنت ، جيريس كلاسور مدني ، جزء 9 ، سنة 1981 ، فقرة 39 .

2 — عقد النشر

عقد النشر هو عقد يمكن به المؤلف الناشر من استغلال التأليف ولا ينقل اليه حق المؤلف ويتضمن عقد النشر مسائل هامة ومتنوعة ، كالاجر المتفق عليه وطريقة تحديده وعدد الطبعات الخ ... وهي مسائل يصعب تحديدها بدقة ووضوح اذا تم العقد شفاهة ، وهذا ما دفع المشرع الى اشتراط الكتابة لصحة عقد النشر نظرا لكون العقد الكتابي يسهل تحديد مضمونه وتفسيره والوصول الى ما قصده المتعاقدان ، مما يساعد على تفادي النزاعات التي قد تثور بين طرفيه بشأن تحديد محتوى العقد وتفسير بنوده .
أما في القانونين المصري (1) والفرنسي فهو عقد رضائي ولا يشترط فيهما الكتابة لصحته . وقد حكمت محكمة السين (SEINE) الفرنسية في هذا الاتجاه في حكم لها بتاريخ 29 مارس 1952 وقضت بما يلي :" ان عقد النشر لا يحتاج الى كتابته نظرا لطابعه الرضائي ، فهو يعتبر تاما بمجرد تطابق الارادتين" . وقد انتقد بعض الفقهاء الفرنسيين هذا الاتجاه وهم يرون أن أهمية العناصر التي يحتوي عليها حق المؤلف (حقوق مادية ومعنوية) وضرورة تحديد وتوضيح المسائل والشروط الواردة في العقد تستدعي اشتراط الكتابة لصحة العقد (2) .

---

1) — السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 7 ، المجلد الاول 1973 ، ص 329 .

2) — موسوعة القانون المدني ، داللوز ، الملكية الادبية والفنية ، المرجع السابق : فقرة 224 . نص الحكم لمحكمة السين (SEINE) في 1952/04/29

" Le contrat d'édition, n'a pas besoin d'être écrit , en raison de son caractère essentiellement consensuel, il a atteint sa perfection, dès qu'il y'a accord de volonté entre les parties".

عقود الملكية الصناعية والتجارية

اذا كانت المعالم الاولى لحقوق الملكية الصناعية و التجارية قد بدأت تبرز فى غضون القرون الوسطى (قانون فينيسيا الصادر فى 19 مارس 1474 وقانون الاحتكارات الصادر فى انكلترا فى 25 ماى 1628 لحماية الاختراعات) (1) ، الا أن ضرورة تنظيم هذا النوع من الحقوق برزت بشكل ملح بعد ظهور عصر التكنولوجيا (2). فالتطور الصناعى الضخم الذى حصل نتيجة ازدياد الاختراعات وتنوعها وانتشار العلاقات الصناعية والتجارية الداخلية والدولية ونشوء علاقات جديدة بين المخترعين والغير داخل الدولة وفيما بين الدول، واتساع حقوق الملكية الصناعية والتجارية لتشمل الى جانب حقوق الاختراع والعلامات التجارية الرسوم والنماذج كل ذلك اقتضى ايجاد النصوص القانونية الكافية والملائمة لتنظيم هذا النوع من الحقوق من أجل حماية مصلحة المجتمع ودعم كيانه الاقتصادى والاجتماعى والسياسى وايضا حماية حقوق المخترعين لتشجيعهم على الاختراع والابتكار وتنظيم المنافسة المشروعة فيما بينهم . وقد أطلق البعض على هذه النصوص قانون التكنولوجيا .

ان حقوق الملكية الصناعية والتجارية هى حقوق استئثار صناعى وتجارى ، أى أنها تخول صاحبها الاستئثار والاختصاص تجاه الكافة باستغلال ابتكاره الجديد أو العلامة المميزة لمنتوجاته أو متجره عن طريق الاتصال بالعملاء .

---

1) ـ محمد حسنى عباس، الملكية الصناعية والمحل التجارى ، 1971 ، صفحة ج .

2) ـ عرف شموكار التكنولوجيا بأنها : "الثروة العامة عن معلومات مجتمع معين فى نطاق الفن الصناعى". يرد البعض بدء عصر التكنولوجى الى سنوات 1850 أو 1860 . راجع فى هذا الشأن، محمد حسنى عباس، الملكية الصناعية والمحل التجارى ، المرجع السابق ، صفحة هـ .

وهي تشمل الابتكارات الجديدة والعلامات المميزة ، فالابتكارات الجديدة تعطي صاحبها احتكار استغلال ابتكاره أو اختراعه الجديد كالحق في براءة الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية ، وهي ترد على ابتكارات جديدة من حيث الموضوع ، كابتكار منتوج جديد أو طريقة جديدة للانتاج وقد تكون متصلة بشكل المنتوج كالرسوم والنماذج التي تتعلق بشكل المنتوج أي المظهر الخارجي له ، أما العلامات المميزة ، فهي تتضمن حق المنتج في احتكار استعمال علامة مميزة لمنتوجاته أو متجره أو بلد الانتاج .

واذا كان الهدف من كلا النوعين من الحقوق، سواء التي ترد على ابتكارات جديدة أو علامات مميزة ، هو هدف واحد ، يتمثل في تنظيم المنافسة المشروعة ، الا أن نطاقهما يختلف في الملكية الصناعية عنه في الملكية التجارية، فالاختراعات أو الابتكارات الجديدة تعطي صاحبها حق مطلق في استغلال اختراعه أما الحق الوارد على علامة مميزة فهو حق نسبي يجوز لمنتج آخر أو تاجر آخر أن يستعمله لمنتجاته أو سلعه اذا كانت غير متماثلة ولا تثير التباسا في التمييز بينهما ، فيجوز مثلا استعمال علامة مميزة في شكل صورة لجبال الهقار أو الاوراس الخ ... من طرف عدد من الاشخاص لمنتوجات أو سلع غير متماثلة .

وقد نظم المشرع الجزائري الحقوق المتصلة بالملكية الصناعية والتجارية بثلاثة أوامر صدرت في سنة 1966 الاول وهو الامر رقم 54/66 المؤرخ في 3 مارس 1966 يتعلق بشهادات المخترعين واجازات الاختراع والثاني هو الامر رقم 57/66 المؤرخ في 19 مارس 1966 المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية والثالث هو الامر رقم 86/66 المؤرخ في 28 أفريل 1966 المتعلق بالرسوم والنماذج .

ان حقوق الملكية الصناعية والتجارية تعطى صاحبها الاستئثار باستغلال الابتكار الجديد أو العلامة المميزة ، وهو قد يباشر هذا الاستغلال بنفسه وقد يتم الاستغلال من طرف الغير ، كما هو عادة ، عن طريق تنازل صاحب الحق عنه أو الترخيص به . وقد استلزمت أهمية هذه الحقوق ، سواء بالنسبة لاقتصاد الدولة أو لاصحابها ، عدم تركها للقواعد العامة للمعاملات ، بل نظمت بنصوص خاصة ، وقد اشترط المشرع الشكل الكتابى للمعاملات الواردة على هذه الحقوق ، سواء كانت فى صورة تنازل أو رهن أو ترخيص ، فقد جاء فى المادة 38 من الامر رقم 54/66 المؤرخ فى 3 مارس 1966 المتعلق بشهادات المخترعين واجازات الاختراع مايلى : " ان الحقوق المرتبطة بطلب اجازة الاختراع أو اجازة أو شهادة مخترع تكون قابلة للانتقال فى كليتها أو فى جزء منها .

ان العقود المتضمنة اما انتقال الملكية واما حق الاستغلال أو الانتهاء من هذا الحق واما الرهن أو رفع اليد عن الرهن وذلك فيما يتعلق بطلب اجازة أو اجازة ، يجب اثباتها كتابيا وتسجيلها فى دفتر الاجازات الخاص والا كانت باطلة " . كما نصت المادة 41 من نفس الامر على مايلى : " يجوز للطالب أو لصاحب الاجازة أن يمنح لشخص آخر ، بمقتضى عقد رخصة استغلال اختراعه .

ويجب أن يثبت عقد الترخيص كتابيا وان يكون موقعا من قبل الطرفين المتعاقدين ويجب أن يكون عقد الترخيص مسجلا لدى المصالح المختصة مقابل دفع رسم ولا يكون للرخصة أثر بالنسبة للغير الا بعد اتمام هذا التسجيل " .

كما تضمنت المادتان 24 و 25 من الامر رقم 57/66 المؤرخ فى 19 مارس 1966 المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية (1) والمادتان 20 و 21 من الامر رقم 86/66 المؤرخ فى 28 أفريل 1966 المتعلق بالرسوم والنماذج (2)، نص مماثلا .

ويرجع اشتراط الشكل الكتابى ، فضلا عن أهمية هذه الحقوق ، الى كون العقود التى ترد عليها تشتمل عادة على شروط وقيود كثيرة ومتنوعة تحتاج الى ضبطها بدقة ووضوح منعا للبس واتقاء للنزاعات التى قد تثور بشأن تفسيرها وتنفيذها حسب ما قصده المتعاقدان .

---

1) — المادة 24 " تكون الحقوق المتصلة بعلامة قابلة للتحويل فى كليتها أو فى جزء منها ، منفردة أو مقرونة بالعناصر الاخرى التابعة للمتجر " .
المادة 25 " ان العقود المشتملة اما على نقل الملكية واما على منح حق امتياز الاستغلال أو التنازل عن هذا الحق واما على الرهن أو رفع اليد عن الرهن ، يجب ان تعرض على الموافقة المسبقة للوزير الذى يعنيه الامر وان يتم تثبيتها كتابيا وتسجيلها فى دفتر العلامات والا سقط الحق .
يجوز تحويل الملكية والتنازل عن حقوق الاستغلال بخصوص كل أو بعض المنتجات التى تشملها العلامة .
ويجوز أن يكون التنازل عن حقوق الاستغلال محصورا فى أحد الحدود الاقليمية" .
2) — المادة 20 " يجوز لصاحب رسم أو نموذج أن يحول الى غيره بواسطة عقد ، كل أو بعض حقوقه .
واذا اقتضت المصلحة العامة ، يسوغ للسلطة المختصة أن تمنح ، بعوض حق استعمال رسم أو نموذج لكل مؤسسة تطلب ذلك " .
المادة 21 " ان العقود المشتملة إما على نقل الملكية واما على منح حق امتياز الاستغلال أو التنازل عن هذا الحق وإما على الرهن أو رفع اليد عن الرهن ، يجب أن يتم تثبيتها كتابيا وتسجيلها فى الدفتر الخاص بالرسوم والنماذج والا سقط الحق " .

فالتنازل والرهن والتراخيص المتعلقة بهذه الحقوق قد تكون كلية أو جزئية وقد يقيد استعمالها بصورة معينة دون غيرها كما تحدد باقليم أو أقاليم معينة ولمدة محددة كما يحدد الثمن بنسبة معينة أو جزافيا الى آخره . فكل هذه الامور وغيرها تقتضي افراغ التصرف في عقد كتابي يبرز هذه المسائل بصورة جلية تسهل تفسير العقد وتنفيذه وتجنب المنازعات التي قد تثور بهذا الشأن ولاسيما وان العقد عادة ما يستمر لمدة طويلة مثل عقود الترخيص بالاستغلال .

المطلـــب الـرابــــع

الاوراق التجـاريـــــة

يمكـن تعريف الاوراق التجاريـة بأنها سنـدات مكتـوبة فـى شكـل قانـونى محـدد تتضمن التزاما بدفـع مبلـغ من النقود فى وقت معين أو قابل للتعييـن، و يمكـن نقل الحق الثابت فيهـا عن طريق التظهيـر و التسليم .

و الاوراق التجاريـة معـدة أصلا للاستجابة لحاجات التجارة، فيجب أن تكون قادرة علـى مسايرة متطلبـات التجارة التى تستدعى السرعة و الائتمـان، و هذا ما أدى بالمشرع قصـد تحقيـق هذا الغرض الى تنظيمهـا فى شكل خاص، و نظرا لاتـصال الاوراق التجاريـة بالتعامل الدولى فقـد لجأت الدول الى عقد اتفاقيـات قصد توحيد الانظمـة التى تحكمها . و كانت اولى هذه الاتفاقيـات تلك التى تمت بين الدول اسكنديناقية فى سنـة 1880 من أجل توحيد أحكام السفتجـة و السند لامـر ثم اتفاقيـة سنـة 1897 بين نفس الدول لتوحيـد أحكام الشيك ، و تـلا ذلك عدة محاولات بيـن الدول الاوروبية لنفس الغرض توقفـت اثـر الحـروب العالمية الاولـى و عادت بعـد انتهائهـا حيث تـم عقـد اتفاقيـة جنيف فى سنـة 1930 وحـدت بمقتضاها أحكام السفتجـة و السنـد لامـر ثم اتفاقيـة جنيف لسنـة 1931 لتوحيـد أحكام الشيـك (1).

ان اتصاف الاوراق التجاريـة بسيمـات خاصة كتطهيـر الدفوع واستقـلال التوقيعات و الشـدة فى التنفيـذ، جعل المشرع يعيـرها أهمية خاصة و يخصـص لها نظاما متميـزا عن القواعـد العامة فى المعاملات، فاشترط شكلا محـددا للورقـة التجارية يتمثـل فى وجوب ايداعها فى محرر مكتـوب و وجوب اشتمال هذا المحرر على بيانات معينة من أجـل ايضـاح الالتزام الثابت بهـا و تحديد مضمونه على وجه الدقة سواء من حيث أشخاصه أو قيمته أو ميعـاد استحقاقـه أو مكـان و تاريخ انشائه، و هذا ما يجعل السند يتوافر على الكفايـة الذاتيـة، أى أنه كاف بذاته و بمجـرد الاطلاع عليـه لتحديـد ما اشتمل عليه دون الاعتماد على مستنـد آخـــــــر .

---

1) ــ سميحـة القليـوبى، الموجـز فى القانـون التجـارى، ط. 1970، ص 25 و 26 .

يتمثل الشكل فى الاوراق التجارية فى الكتابة والبيانات الالزامية .

فالكتابة شرط جوهرى لصحة الورقة التجارية اذ ان البيانات الالزامية المشترطة لصحة الورقة التجارية يجب أن تكون محررة فى متن السند الذى يمثل هذه الورقة، ولا يجوز أن تكون بصورة شفاهية أو ثابتة فى مستند آخر أو تثبت عن طريق الاقرار بها ، وتكون الكتابة عرفية أو رسمية، وان كانت الكتابة العرفية هى الاكثر استعمالا ، حيث يندر استعمال الرسمية فى انشاء الاوراق التجارية نظرا للتكلفة والبطء الذى ينتج عنها مما يجعلها غير ملائمة لمقتضيات التعامل التجارى القائم على السرعة . أما البيانات الالزامية فهى تلك التى نصت عليها المواد 390 و 465 و 472 من القانون التجارى المتعلقة بالسفتجة والسند لامر والشيك . ونظرا لتماثل هذه البيانات فاننا سنستعرضها مجتمعة دونما تخصيص لبيانات كل ورقة تجارية على حدة مع الاشارة الى أوجه الاختلاف بينها عند الاقتضاء :

1 — تسمية السند : يجب ان يحمل السند التجارى التسمية التى خصصت له قانونيا وباللغة التى كتب بها فاذا كانت الورقة التجارية سفتجة فيجب ان تتضمن تسمية سفتجة فى متن السند نفسه ، واذا كانت شيكا فيجب أن يحمل تسمية شيك ونفس الشئ بالنسبة للسند لامر . ويجب أن تكون هذه التسمية فى متن السند ولا يجوز أن تكون فى ورقة آخرى أو حتى فى ورقة تلصق بالسند ؛ ويقصد بوضع هذه التسمية لفت نظر المتعامل بالورقة الى طبيعة ونوع هذه الورقة والقواعد الخاصة التى تنطبق عليها ، ومتى احتوى السند التجارى على تسميته يصبح قابلا للتظهير والتداول بالطرق التجارية ، بالاضافة الى استفائه للشروط القانونية الاخرى .

2 — أمر بدفع المبلغ

يجب أن يكون الامر بدفع المبلغ النقدي غير معلق على شرط أو وارد عليه قيد معين ، كما يتعين تحديده بدقة وعادة ما يتم هذا التحديد على أساس قيمة مقابل الوفاء فى السفتجة والرصيد الموجود بالنسبة للشيك ويكون هذا التحديد بالحروف وبالارقام واذا تعارض المبلغان فالعبرة بالمبلغ المذكور بالاحرف أما اذا كان المبلغ مكتوبا بالاحرف فقط أو بالارقام فقط ووجد تناقض بين القيمتين ، فالعبرة تكون للمبلغ الاقل . وبالنسبة للعملة التى يتم الوفاء بها فيجوز أن تكون عملة أجنبية وقد تكون السفتجة معدة للوفاء بها فى دولة أجنبية وهنا قد يتضمن دفع المبلغ بالعملة الاجنبية معايان ، فيقصد به تعيين سعر العملة فى تاريخ محدد وقد يقصد به الدفع الفعلي بالعملة الاجنبية عند تاريخ الاستحقاق ، واذا حرر السند التجارى للوفاء به فى دولة أجنبية تحمل عملتها نفس العملة محل انشاء السند التجارى ، فيكون المقصود هنا هو العملة محل الوفاء (1) ، فاذا حررت سفتجة فى الجزائر بعشرة آلاف دينار لكي يتم الوفاء بها فى تونس فهنا يكون المقصود بالدينار هو الدينار التونسي وليس الجزائرى .

3 — تاريخ الاستحقاق

وهو يعتبر من البيانات الجوهرية فى الورقة التجارية حيث على أساسه يتم تحديد ميعاد الوفاء بالسفتجة وحساب مدة الاحتجاج ، ويجب أن يكون واضحا دون أن يثير أى غموض ، فلا يجوز أن يتعدد أو أن يكون ناقصا ، ويلاحظ أن ميعاد استحقاق الشيك هو دائما بمجرد الاطلاع أما فى السفتجة والسند الامر فانه يتخذ احدى الصور الاتية ، بمجرد الاطلاع او بعد مدة من الاطلاع أو بعد مدة من تاريخ تحرير السند أو فى يوم معين بذاته ، واذا أغفل ذكر تاريخ الاستحقاق فتعتبر الورقة التجارية مستحقة بمجرد الاطلاع .

---

1) — ريبار ، القانون التجارى ، الطبعة السادسة أخرجها ربلو ، 1970 ، ص 17 .

4 ـ المستفيد

وهو الشخص الذى حررت السفتجة لصالحه ، فهو الدائن بالحق الوارد فى الورقة التجارية ، لذلك وجب تعيينه بدقة حتى لا يقع لبس بشأنه عند الوفاء ، وهو قد يكون محرر الورقة التجارية نفسه كما قد يكون شخص ثالث كما هو الحال عادة فى السفتجة .

5 ـ اسم المسحوب عليه

وهو الشخص الملتزم بدفع قيمة الورقة التجارية وقد اشترط القانون ذكر اسمه فى متن الورقة التجارية ، وهو لا يعتبر فى الاصل مدينا بالورقة التجارية الا فى حالة السند لامر أو السفتجة متى قبلها ، وقد يكون الساحب هو المسحوب عليه نفسه كما هو الحال فى السند لامر أو السفتجة التى يسحبها الساحب على نفسه أما بالنسبة للشيك فالمسحوب عليه هو دائما بنكا وعادة ما يطبع اسم البنك على الشيك ، والحكمة من اشتراط ذكر اسم المسحوب عليه واضحة وهي أن المستفيد من الورقة لابد أن يعرف الشخص الذى يتوجه اليه لاستيفاء قيمة الورقة عند استحقاقها .

6 ـ مكان الوفاء

يجب أن تتضمن الورقة التجارية بيان مكان الوفاء بها فهذا المكان هو الذى يتوجه اليه المستفيد لاستيفاء حقه ، وهو يكون عادة محل اقامة المسحوب عليه ، الا أن عدم ذكر محل الوفاء لا يؤدى الى بطلان الورقة التجارية وانما تعتبر الورقة مستحقة بالمكان المذكور بجانب اسم المسحوب عليه .

7 ـ تاريخ ومكان السحب

يجب أن يكون تاريخ ومكان انشاء الورقة التجارية محددين مما لا يدع أى غموض فيهما ، فبواسطة التاريخ يمكن تحديد أهلية الشخص الساحب وما اذا كانت كاملة أم لا ، كما يفيد التاريخ فى حساب أجل الاستحقاق اذا لم تكن الورقة التجارية

4 ـ المستفيـــد

و هـو الشخص الـذى حررت السفتجة لصالحـــه ، فهـو الدائـن بالحـق الوارد فـى الورقـة التجاريـة ، لذلـك وجـب تعيينـه بـدقة حتـى لا يقـع لبـس بشأنـه عنـد الوفـاء ، و هو قد يكـون محـرر الورقـة التجاريـة نفسـه كمـا قد يكـون شخـص ثالـث كمـا هـو الحـال عـادة فـى السفتجـة .

5 ـ اسـم المسحـوب عليـه

و هـو الشخص الملتـزم بـدفع قيمـة الورقـة التجاريـة و قـد اشتـرط القانـون ذكر اسمـه فـى متـن الورقـة التجاريـة ، و هـو لا يعتبـر فى الاصـل مدينـا بالورقـة التجاريـة الا فـى حالـة السنـد لامـر أو السفتجـة متى قبلهـا ، و قد يكـون الساحـب هو المسحوب عليـه نفسـه كمـا هو الحال فـى السنـد لامـر أو السفتجـة التى يسحبهـا الساحب علـى نفسـه أمـا بالنسبـة للشيـك فالمسحـوب عليـه هـو دائمـا بنكـا و عـادة ما يطبـع اسـم البنـك علـى الشيـك ، والحكمـة مـن اشتـراط ذكـر اسم المسحـوب عليـه واضحـة و هـي أن المستفيـد مـن الورقـة لابـد أن يعـرف الشخص الـذى يتـوجـه اليه لاستيفـاء قيمـة الورقـة عنـد استحقـاقهـا .

6 ـ مكـان الـوفـاء

يجـب أن تتضمـن الورقـة التجاريـة بيـان مكـان الوفـاء بهـا فهـذا المكـان هـو الـذى يتـوجـه اليـه المستفيـد لاستيفـاء حقـه ، و هـو يكـون عـادة محـل اقـامـة المسحـوب عليـه ، الا أن عـدم ذكـر محـل الوفـاء لا يؤدى الـى بطـلان الورقـة التجاريـة وانمـا تعتبـر الورقـة مستحقـة بالمكـان المذكـور بجانـب اسم المسحوب عليـه .

7 ـ تـاريـخ و مكـان السحـب

يجـب أن يكـون تـاريـخ و مكـان انشـاء الورقـة التجاريـة محـددين ممـا لا يدع أى غمـوض فيهمـا ، فبـواسطـة التاريـخ يمكـن تحديـد أهليـة الشخص الساحـب و ما اذا كانت كاملـة أم لا ، كمـا يفيد التاريـخ فى حساب أجل الاستحقـاق اذا لـم تكن الورقـة التجاريـة

مستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع كما هو الحال بالنسبة للشيك ، ويعتبر تاريخ الورقة التجارية ثابتا فى الاصل الا أن يثبت العكس ، عملا بحرية الاثبات فى القانون التجارى وذلك عكس ما هو الحال فى قواعد القانون المدنى التى تعتبر تاريخ السند العرفى غير ثابت مبدئيا الا بتسجيله (1) .

وبالنسبة لمكان السحب فلم تعد له أهمية كبيرة كما كان الوضع فى القديم عندما كانت صحة السفتجة تتطلب اختلاف مكان الانشاء عن مكان الوفاء بوصفها أداة لنقل الاموال ، أما حاليا فلم يعد لهذا الشرط أهمية كبيرة عدا حالة السفتجة المتداولة بين الدول حيث يتعين ذكر مكان انشائها لمعرفة ماهية القواعد التى تحكمها من حيث شكلها وانتقال مقابل الوفاء ومهل الطعن لكون هذه تخضع لقانون مكان انشاء الورقة الا أنه اذا خلا السند من ذكر مكان انشائه فلا يؤدى هذا الى بطلانه بل يعتبر المكان المذكور بجانب اسم الساحب هو مكان انشائه .

8 — توقيع المسحوب عليه

وهو من البيانات الالزامية للورقة التجارية التى لا يمكن الاستغناء عنها أو تعويضها ببيان آخر ، فلا يصح اطلاقا وجود ورقة تجارية بدون توقيع منشئها ويجب أن يكون التوقيع فى متن السند فلا يجوز أن يكون ثابتا فى ورقة أخرى أو فى وصلة ملصقة بالسند ، لكن لا يشترط وضع التوقيع فى مكان محدد من السند ، فهو قد يكون فى أعلى أو أسفل السند ، وهو عادة يوضع بجانب اسم الساحب ، ولا يكفى فى التوقيع ذكر اسم محرر السند بل يجب أن يكون التوقيع بما تعارف عليه أن يكون توقيعا سواء كان بخط يد الساحب أو ببصمة أصبعه أو بخاتمه . واذا كان التوقيع مزورا فان الورقة التجارية تصح لان المهم هو الوجود الشكلي التوقيع (2)

---

1) — جاك يوسف الحكيم ، الاسناد التجارية ، دمشق 1978 ، 1979 ، ص 50 .

2) — على جمال الدين عوض ، الاوراق التجارية ، ص 34

وعملا بقاعدة استقلال التوقيعات فاذا كانت الورقة التجارية قد ظهرت عدة مرات وكانت احدى أو بعض هذه التوقيعات باطلة او مزورة فان الورقة التجارية لا تبطل وتبقى صحيحة لبقاء التوقيعات الاخرى صحيحة . كما يلاحظ أن توقيع الموكل الذى انتهت وكالته يلتزم شخصيا .

ـ أثر تخلف البيانات الالزامية

ان رغبة المشرع فى استبعاد أسباب البطلان ما أمكن بقصد توفير الاستقرار للمعاملات التجارية ، جعله ينظر الى بعض البيانات الالزامية على أنه يمكن تعويضها ببيانات أخرى فى حالة تخلفها .

والبيانات الالزامية التى لا يترتب عليها بطلان الورقة التجارية هى :

ـ عدم ذكر مكان انشاء الورقة فهنا يعتبر المكان المذكور بجانب اسم الساحب هو مكان الانشاء .

ـ عدم تحديد مكان الوفاء فهنا يعتبر المكان المذكور بجانب اسم المسحوب عليه هو المكان المعين .

ـ عدم تعيين تاريخ الاستحقاق وهنا تعتبر الورقة التجارية مستحقة بمجرد الاطلاع.(1)

وفيما عدا هذه الاحوال الثلاثة فان تخلف البيان الالزامى فى الورقة التجارية يؤدى الى بطلانها كورقة تجارية ،أى تصبح غير خاضعة لقواعد الصرف كتطهير الدفوع والتظهير واستقلال التوقيعات الخ ... وان كان هذا لا يمنع من تحولها الى سند عادى لاثبات وجود الالتزام.

---

1) ـ أنظر المواد 390 و 466 و 473 من القانون التجارى .

الخـــــلاصـــــة

الشكلية موضوع هام وخصب للدراسة ولو أنه لم يحظ بدراسات وافية تبين بوضوح دوره في تنظيم المعاملات القانونية ومساهمته الفعالة في ضمان الامن والاستقرار لها ، سواء في الشرائع القديمة أو التشريعات الحديثة . فالشعوب القديمة التي كانت شديدة الميل الى كل ما هو حسي وظاهر وتنفر من الافكار المجردة التي يصعب عليها ادراكها بوضوح والثقة فيها ، وجدت في الشكل وسيلة ممتازة لاجراء التصرفات القانونية ، مما جعل الشكلية تطغى على كافة أنواع المعاملات ، ولم يحد من وطأتها سوى التطور الحضاري الذي أدى الى الاستبعاد التدريجي للاشكال التي لم تعد تتلائم معه ، فكان نتيجة ذلك بدء تقلص الشكلية وبروز معالم الرضائية التي بدأت في الظهور في أواخر عهد الامبراطورية الرومانية ، وزاد في تدعيم هذا الاتجاه بعد ذلك القانون الكنسي الذي أسس المعاملات على احترام العهد والتزام الشخص بكلمته دون النظر الى الشكل الذي تم التعبير به . واذا كان نظام الاقطاع قد عاد بالشكلية الى الظهور في أبسط صورها أحيانا ، الا أن ذلك لم يقف حائلا في توسع الرضائية لاسيما بعد تفسخ وانحطاط النظام الاقطاعي وعودة ازدهار الحضارة بازدياد الاتصالات بين الشعوب وانتشار التجارة والثقافة اثر التطور الحضاري في العصر الحديث ، اذ أصبحت الرضائية تسود كثيرا من المعاملات ، وقد كرس هذه النتيجة التقنين المدني الفرنسي عند صدوره في سنة 1804 ، حيث أخذ بالرضائية كمبدأ عام واستثناء أخذ بالشكلية في حالات نادرة تمثلت في بعض العقود الكتابية كعقود الزواج والرهن الرسمي والحلول الاتفاقي والهبة وبعض العقود العينية كالرهن الحيازي والعارية والوديعة والقرض .

وقد انتقل ذلك الى التشريعات الاخرى ، واذا كان هذا الاتجاه قد جعل الاصل فى المعاملات هو الرضائية وترك اول الامر بعض النقاط القليلة المتناثرة بين مختلف فروع القانون الخاص للشكلية ، الا انه سرعان ما عادت الشكلية الى النمو والتزايد ، فالشكل فى القوانين الحديثة يختلف جذريا عن الشكلية التى سادت فى الشرائع القديمة ، فهو ليس شكلا غريزيا واداة لتجسيد الافكار ، بل أصبح شكلا هادفا وضع عن وعي وقصد لتحقيق مصالح معينة . فهو وسيلة لحماية الامن فى المعاملات وضمان استقرارها واداة فى يد المشرع لتوجيه المعاملات وفقا للسياسة الاقتصادية والاجتماعية للدولة .

ويبدو تأثر المشرع الجزائرى بهذا الاتجاه بصفة واضحة ، فقد جعل من التصرفات التى رأى أن لها دورا أساسيا فى الاقتصاد الوطنى تصرفات شكلية ، ومثالها المعاملات الواردة على الاموال العقارية والمحلات التجارية والشركات ، هذه التصرفات التى نجد أنها ماتزال تصرفات رضائية أو ذات شكلية مخففة فى كثير من التشريعات مثل القانونين المصرى والفرنسى . واتجاه المشرع الجزائرى هذا له ما يبرره ، فالاختيار الاشتراكى الذى تبنته الدولة يضع من بين أهدافه الكبرى اقامة العدالة الاجتماعية والقضاء على استغلال الانسان للانسان ومحو الفوارق الاجتماعية بمختلف صورها ، وهى عملية تستدعى تحكم السلطة العامة فى توجيه ارادة الافراد بما يتماشى وتحقيق هذه الغاية ، ويؤدى الشكل فى هذا المضمار بوصفه وسيلة قانونية وفنية دورا بارزا فى تمكين السلطات العامة من السيطرة والتحكم فى المعاملات ، خاصة تلك التى لها وزنها فى الاقتصاد الوطنى .

وخلاصة ما يمكن قوله هو أن دراسة موضوع الشكلية هذا مكننا من استخلاص بعض الملاحظات حول النصوص القانونية المتعلقة بالتصرفات الشكلية ، وهى ملاحظات تتمثل فى وجود بعض النقائص ونوع من الخلل وعدم التكامل والتنسيق بين هذه النصوص ، واقتراحنا فى هذا الموضوع يتمثل فى النقاط الاتية :

1 ـ التنسيق بين مختلف نصوص القانون التي تنص على الشكل ، فالنصوص القانونية المختلفة التي تنظم تصرف واحد يجب ان تكون واضحة في الهدف من تقرير الشكل ولا يشوبها الغموض والتناقض ، ومثال على ذلك المعاملات الواردة على المحل التجاري وعقود الشركات ، نلاحظ أن المادة 12 من قانون التوثيق تنص بوضوح على وجوب اتخاذ هذه التصرفات الشكل الرسمي من أجل صحتها بينما المواد التي تنظم هذه التصرفات في القانون التجاري تثير بعض الغموض بشأن الحكمة من تقرير الشكل الكتابي أ هو للاثبات أم للصحة ، مما يستدعي تعديلها بصورة تجعلها تتكامل مع المادة 12 من قانون التوثيق .

2 ـ توحيد الشكل في بعض التصرفات المتقاربة ، فاذا كان الشكل له دور حمائي فهذا يقتضي عدم التمييز بين التصرفات التي يكون موضوعها واحد في ما يتعلق بخضوعها للشكل ، ومثال ذلك التصرفات الواردة على حق المؤلف ، اذ نجد ان عقد نشر حق المؤلف يشترط لصحته ان يكون مكتوبا (المادة 44 من الامر المؤرخ في 3 أفريل 1973 المتعلق بحق المؤلف) بينما عقد التنازل عن هذا الحق ـ والذي لا يقل أهمية وخطورة عن عقد النشر ـ لم يشترط المشرع الكتابة الا لاثباته كما يبدو من نص المادة 36 من امر 3 افريل 1973 .

3 ـ تحديد الغرض من تقرير الشكل ، فتعدد الاشكال نظرا لتعدد الاغراض التي تسعى الى تحقيقها ، يتطلب ان يكون النص الذي يقرر الشكل واضحا في تحديد الغرض من الشكل وبالتالي الاثار التي تترتب عنه ، واذا كانت هناك أشكال لا تثير شكا في الغرض المقصود منها ، كشكليات الشهر والتأميل والاشكال الادارية ، الا أن الخلاف يحدث أحيانا بشأن التمييز بين الشكل المقرر لاثبات التصرف والشكل المفروض لصحته ، مما يجعل النص القانوني المعني محلا للتأويل والتفسير بقصد الوصول الى غرض المشرع من تقرير الشكل ، ويعتبر عقد التأمين احدى هذه الحالات .

4 ـ تنظيم قواعد تحرير السند العرفي ، فالشكل في القوانين الحديثة يتمثل في تحرير سند التصرف في شكل رسمي أو عرفي ، واذا كان تحرير السند الرسمي يعهد به الى موظف عام يتولى اعداده طبقا لقواعد محددة ، الا ان تحرير السند العرفي ترك أمره لاطراف التصرف ، باستثناء حالات معينة كالاوراق التجارية التي حدد المشرع البيانات التي يجب أن يتضمنها السند لكي يصح ، ورغم ان قيام أطراف التصرف باعداد وتحرير السند بأنفسهم وعدم لجوئهم الى موظف عام يعتبر مزية من مزايا السندات العرفية حيث يجعلها تتسم بالبساطة والسرعة وقلة التكلفة ، الا أن عدم وضع أي شرط لاعدادها أمر قد يثير صعوبات بشأن معرفة مدى استجماع السند لشروط صحته ، وهذا ما يقتضي وضع بعض القواعد العامة التي يتعين خضوع السند العرفي لها بغض النظر عن التصرف الذي يرد عليه ، كوجوب توقيع الاطراف وتعدد النسخ بتعدد الاطراف ، خاصة وانه من الناحية العملية عادة ما يلجأ الى هذه المعايير ، لاسيما التوقيع للحكم على صحة السند ، وان كان هذا يفتقر الى أساس قانوني واقرارها بنص قانوني يضفي عليها الصفة الالزامية ، بالاضافة الى ان ايجاد مثل هذه القواعد سيجنب الخلافات بشأن مدى صحة السند العرفي ، كما سيساهم في توحيد شكلها الذي يؤدي بدوره الى تسهيل آداء السند العرفي لمهمته .

اذا كان الهدف من النصوص القانونية هو تنظيم العلاقات الاجتماعية ، الا أن الشئ الاهم ليس في وضع هذه النصوص بل في التطبيق السليم والصحيح لها ، وللشكلية دور أساسي وفعال لتحقيق هذا الغرض .

تم بحمد الله .

قائمة المراجع

باللغة العربية

1 - الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، جزء اا، الشركات التجارية، الطبعة الاولى 1982، دمشق .

2 - تناغو سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية والعينية .

3 - جاك يوسف الحكيم ، الاسناد التجارية ، دمشق ، 1978 - 1979 .

4 - الياس حداد ، القانون التجاري، دمشق ؛ 1981 .

5 - سوار وحيد الدين، شرح القانون المدني ؛ مصادر الالتزام، جزء ا ، 1980 ، 1981، دمشق .

6 - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الاجزاء 1 ، 2 ، 5 ، 7 ، 10 ؛ دار احياء التراث العربي ؛ 1973 .

7 - أحمد سلامة، التأمينات المدنية، الرهن الرسمي ، دار المعارف، 1966 - شرح قانون العمل .

8 - أحمد سلام زناتي ، نظم القانون الروماني ، دار النهضة ، 1966 .

9 - جمال الدين محمد محمود ، سبب الالتزام و شرعيته في الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية .

10 - محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني ، في ضوء القضاء والفقه ، 1963 .

11 - محمد لبيب شنب و مجدي صبحي خليل ، شرح أحكام عقد البيع ، دار النهضة .

12 - أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري ، القانون التجاري، د م ج 1980 ، جزء 1 ، 2 ، 3 ، 4 .

13 - علي حسين يونس ، المحل التجاري ، دار الفكر العربي ، العقود التجارية ، 1978 .

14 — سميحة القليوبي ، الموجز في القانون التجاري، الطبعة الاول ، 1970 .

15 — على جمال الدين عوض، القانون البحرى ، دار النهضة ، 1969 ، — الاوراق التجارية ، دار النهضة .

16 — على عوض، شرح قانون العمل الجزائري ، 1975 .

17 — وليم سليمان قلادة ، التعبير عن الادارة فى القانون المدنى المصرى، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه 1955 القاهرة .

ا — <u>باللغة الفرنسية</u>

1 = BELLEFONDS (Y.linant) traité de droit musulman comparé, théorie général de l'acte juridique, Paris, 1956 .

2 - CAMERLINCK et CAEN (léon), précis de droit du travail, Dalloz, 1973 .

3 - CARBONNIER (Jean), droit civil, 4 les obligations, P.U.F , 1972 .

4 - MARTY et RAYNAUD, droit civil, les suretes - la publicité foncière, 1971 .

5 - MAZEAUD (Léon et Henri), leçons de droit civil, tome II, 1965 .

6 - MORANDIERE (Leon Juliot de la), précis de droit civil, tome II, 1964.

7 - OURLIAC (Paul) et MALAFOSSE (Jean), l'histoire du droit privé, tome I les obligations, thèmes, 1961 .

8 - PLANIOL et RIPERT, traité pratique de droit civil français, tome XI , 2eme ed , 1954.

9 - Droit civil français, les sûretés réelles, tome XII, 1953, par (emile) BECQUE.

9 - RIPERT, droit commercial, 2eme ed par ROBLOT , 1974.

10 - RODIERE (Rene), droit des transports, 1953.

11 - SAVATIER(Rene) les transformations économiques et sociales du droit privé contemporain, 1959.

12 - SOLUS et PERROT, droit judiciaire, tome I, SIREY 1961.

13 - STARCK (Boris) droit civil, les obligations, 1972.

14 - VIELLARD (Antoine), la formation du contrat, O. P. U , 1981.

15 - WEILL (Alex) droit civil, les obligations, 1971.

II ـ الرسائل

1 - GUERRIERO (Marie Antonette), l'acte juridique solennel thèse, TOULO 1975.

2 - MOENECLAEY (Pierre), la Renaissance du formalisme dans les contrats en droit commercial, thèse, lille, 1914 .

3 - PIEDELIEVRE, les transformations du formalisme dans obligations civiles, thèse, PARIS, 1959.

4 - ROUXEL (Raoul), recherche des principes généraux régissant l'évoluti contemporain du formalisme des actes juridiques (droit civil et commercial).

III ـ المقالات

1 - BETEILLE - RAQUIN (Collette), quelques notions sur le formalisme ancien et moderne.

2 - FLOUR (Jacques) quelques remarques sur l'évolution du formalisme MELANGES, RIPERT, 1951, tome II .

3 - JOSSERAND (Louis) la désolennisation du testament, Dalloz, 1932, chr p; 73.

الفهرس

العنوان		الصفحة
	أ ـ الشهر عن طريق سجل الحالة المدنية	52
	ب ـ الشهر العقاري	52
	جـ ـ القيد في السجل التجاري وسجل المحكمة	53
	د ـ القيد في سجل السفن	54
	هـ ـ الشهر عن طريق النشر	54
	و ـ الشهر عن طريق الايداع	54
المطلب الثاني	: الشكلية التي لا تتصل بالتعبير عن الارادة	55
	1 ـ الشكل الاداري	55
	2 ـ شكلية التأهيل	57
	3 ـ شكلية اجراءات التقاضي	59

الباب الثاني

أنواع التصرف الشكلي وتطبيقاته

العنوان		الصفحة
الفصل الاول	: الشكل الرسمي	61
المطلب الاول	: تعريف التصرف الرسمي	62
	1 ـ المعنى الواسع للرسمية	62
	2 ـ المعنى الضيق للرسمية	63
المطلب الثاني	: شروط صحة التصرف الرسمي	63
	أ ـ وجوب تحريره من موظف عام	63
	1 ـ صفة الموظف العام	63
	2 ـ الاختصاص الموضوعي	64
	3 ـ الاختصاص المحلي	64

العنوان		الصفحة
	ب ـ البيانات المشترطة فى تحرير السند الرسمى	64
	1 ـ البيانات العامة	64
	2 ـ البيانات الخاصة	65
	3 ـ قرينة الرسمية	65
المطلب الثالث	: آثار الرسمية	66
	1 ـ القوة التنفيذية	66
	2 ـ حجية السند الرسمى	67
المبحث الثانى	: تطبيقات الشكل الرسمى	68
المطلب الاول	: المعاملات الواردة على العقارات	68
أولا	: الرهن الرسمى	68
	أ ـ الشكل ركن فى الرهن الرسمى	69
	1 ـ المقصود برسمية الرهن	70
	2 ـ تخصيص الرهن و قيده	72
	ب ـ التوكيل و الوعد فى الرهن الرسمى	73
	1 ـ التوكيل فى الرهن الرسمى	73
	2 ـ الوعد بالرهن الرسمى	74
ثانيا	: التنازل عن العقار	75
المطلب الثانى	: المحل التجارى	79
المطلب الرابع	: الصلح مع المدين المفلس	83
المطلب الخامس	: عقد الشركة	84
	1 ـ الغرض من اشتراط الشكل	85
	2 ـ جزاء تخلف الشكل	85
	3 ـ شكل الشركة فى القانون المقارن	86

****

تصويبات

الخطأ	الصواب	الصفحة	السطر
يتلائم	يتلاءم	2	2
الاتمان	الائتمان	3	4
وفي الفصل	والفصل	4	12
فرنس	فرنسا	8	هامش (1)
موجود	موجودا	9	18
عنصر ثان	عنصرا ثانيا	10	7
كافة	كاف	10	9
البيدائية	البدائية	10	21
حقيقي	حقيقيا	13	9
الفزيوقراط	الفزيوقراطي	15	17
نقاطا	نقاط	16	2
لشروط	للشروط	25	18
أثرا	أثر	26	12
الادراسية	الادارية	27	18
واجرائه	اجرائه	28	15

- ب -

05	39	[illegible]	[illegible]
17	42	تأثيرا فعـــالا	تأثير فعـــال
12	45	[illegible]	[illegible]
14	48	[illegible]	[illegible]
15 19	51	[illegible] [illegible]	[illegible] يستطيعـــون
06	55	المبادل القانونـــي	[illegible] المدني
15	56	[illegible]	[illegible]
04	68	الدائـــن	الـداني
16	69	للدارسيـن	[illegible]
09	70	[illegible]	[illegible]
10	71	اعطـــاؤه	[illegible]
02 06	72	[illegible] [illegible]	[illegible] [illegible]
09	76	[illegible]	[illegible]

اجنبـــي	اجنبيـــــا	93	12
خطـــئا	خطــأ	93	14
بالغبـــارة	بالعبـــارة	94	15
تيسيـــرن	تيسيـــر	106	7
الاستحـــاى	الاستحقـــاق	119	124
لـــوجـوب	كـــوجوب	125	11